En 1928 CARL SCHMITT publicó su TEORIA DE LA CONSTITUCION, ambicioso proyecto para establecer ese campo disciplinario como territorio independiente dotado de una estructura sistemática propia. Hasta ese momento las cuestiones constitucionales habían sido estudiadas, de manera más o menos esporádica o incidental, bien por el Derecho Político, bien por la Teoría General del Estado. MANUEL GARCIA PELAYO afirma en el epílogo a esta nueva edición que el libro no es sólo representativo de la etapa de florecimiento del pensamiento jurídico-político durante la República de Weimar, sino que también abre amplios horizontes a quienes deseen profundizar en el estudio del Derecho Constitucional —más allá de su pura significación funcional en tanto que conjunto de técnicas frías y elementales— para comprenderlo «como una realidad viva, resultado tanto en sus ideas y en su práctica de un rico decurso histórico, al tiempo que decisión normativamente expresada y articulada sobre la modalidad de la existencia política de un pueblo». La enérgica afirmación de la autonomía de la política frente a cualquier reduccionismo, la distinción entre constitución propiamente dicha y leyes constitucionales, la posición central del concepto de decisión, la dialéctica del Estado burgués de derecho, la doctrina de la representación, la teoría de la soberanía, la categoría de la garantía institucional, la sólida formación sociológica y la extensa cultura histórica destacan igualmente en las páginas de este innovador texto. Tal y como apuntó FRANCISCO AYALA, traductor y prologuista de la primera edición castellana, publicada en 1934, uno de los grandes méritos del libro es el análisis del Estado constitucional, que aparece en la historia asumiendo el doble papel de heredero y adversario de la monarquía absoluta y que lleva en sí mismo gérmenes de disolución como consecuencia de la ruptura de la homogeneidad nacional y la puesta en marcha del principio democrático.

Carl Schmitt
Teoría de la Constitución

Alianza Universidad Textos

Teoría de la Constitución

Alianza Universidad. Textos

Carl Schmitt

Teoría de la Constitución

Presentación de Francisco Ayala

Epílogo de Manuel García-Pelayo

Versión española de Francisco Ayala

Alianza Editorial

Título original:
Verfassungslebre

Primera edición en «Alianza Universidad Textos»: 1982
Segunda reimpresión en «Alianza Universidad Textos»: 1996

Calle Juan Ignacio Luca de Tena, 15, 28027 Madrid; teléf. 3938888
ISBN: 84-206-8057-5
Depósito legal: S. 775-1996
Compuesto en Femández Ciudad, S. L.
Impreso en Gráficas VARONA
Polígono «El Montalvo», parcela 49
37008 Salamanca
Printed in Spain

INDICE GENERAL

Sección III

EL ELEMENTO POLITICO DE LA CONSTITUCION MODERNA

Sección IV

TEORIA CONSTITUCIONAL DE LA FEDERACION

PRESENTACION

Francisco Ayala

Carlos Schmitt, cuya alta personalidad en la Ciencia jurídico-política no es por completo desconocida para el lector de lengua española, se propone en este libro desarrollar una Teoría de la Constitución. Con arreglo a este propósito, recoge y organiza toda la materia del Derecho político, tanto fundamentos ideales como instituciones y problemas, encerrándola en un sistema. A partir de una discusión del concepto que la palabra «Constitución» envuelve, ninguna de las grandes formas políticas deja de ser examinada, en enjuto esquema cuando no en amplia exposición, y por cierto con desusada sagacidad. Pero el objeto de estudio, propiamente dicho, de la obra es el Estado constitucional en el sentido estricto: el Estado liberal-burgués, el Estado de Derecho. Alrededor de él, en función suya, son considerados aquí pensamientos políticos, formas e instituciones; y el resultado puede calificarse, sin vacilar, de espléndido. Schmitt verifica un análisis de Estado constitucional que impresiona por la exactitud de sus conclusiones, siempre evidentes en sí mismas, no enlazadas a interpretaciones más o menos remotas, pero que, al mostrar crudamente los mecanismos internos, deja en el lector la desazón que es fruto moral de las obras disolventes. El Estado constitucional recibe por parte del autor un trato de mero producto histórico; significación histórica —no virtualidad presente— tienen para él sus raíces ideales, los fundamentos espirituales en que se apoya. Se trata, en efecto, de una forma política que, en la hora presente, declina en modo manifiesto; cuyo torso cae ya en el dominio del pasado. Por otra parte, el punto de vista donde él se sitúa para interpretarla es el más indicado y propicio al acierto: le permite examinar *desde dentro* todo el mecanismo del Estado constitucional; y ésta es una ventaja que debe a la especial posición en que se encuentra emplazado el sistema de sus convicciones

ideológicas respecto de esa forma política que llamamos Estado constitucional. Porque en el fondo último de toda construcción teórica, por objetiva que aparezca, puede encontrarse siempre, latente, una actitud política correspondiente al repertorio de las actitudes primarias frente al Universo del hombre individual que la sustenta. No me propongo estudiar aquí al detalle la dogmática política en que descansa el pensamiento teorético de C. Schmitt. Me limito a señalar su presencia y alguno de sus rasgos. Pues no todo es crítico en su obra: basta parar la atención en el sentido peculiar —cabría decir místico— que pone en expresiones y conceptos como los de «existencia», «unidad», «totalidad», «decisión», «homogeneidad», etc., y en la intención de frases como la de «Soberano es quien decide sobre el Estado de excepción», con que da comienzo la *Politische Theologie,* 2.ª ed., Munich y Leipzig, 1934, y esta otra: «La distinción *política* propiamente dicha es la distinción entre *amigo* y *enemigo*», que inicia y resume a la vez el texto del *Begriff des Politischen,* Hamburgo, 1933, para intuir los perfiles del complejo dogmático-político, base de todo el enjuiciamiento, toda la interpretación y toda la construcción. Pues bien: ese complejo de convicciones políticas coincide en una cierta dimensión, y en la manera especial que después quedará indicada, con las líneas fundamentales del soporte real sobre el que se organiza el Estado constitucional, a saber: con el *tipo* nacional de Estado, con el Estado nacional, con la Nación —producto político-social que es substrato inequívoco del Estado liberal-burgués—. El Estado liberal-burgués aparece en la Historia asumiendo el doble papel de heredero y de adversario de la Monarquía absoluta. Es adversario, por cuanto que comporta, frente a ella, el principio político opuesto: la Democracia (siquiera sea —admitiendo eventualmente la tesis de Schmitt— en combinación con los otros principios político-formales); pero es, al mismo tiempo, heredero, porque se propone establecer la Democracia *dentro del ámbito del Estado nacional,* que la Monarquía absoluta había formado, y al que había dotado de características intrínsecas, esenciales, marcadas a perpetuidad con el sello de la forma política generatriz. Es decir, que afirma y establece polémicamente un nuevo principio político; pero ratifica, continúa, y en gran parte conduce hacia sus consecuencias últimas, el tipo de Estado existente. En este sentido ha podido afirmarse con plena razón que el Estado constitucional desarrolla las direcciones marcadas en el período absolutista. La obra de la Monarquía había consistido en concretar el pueblo a su alrededor, en dotarle de homogeneidad, cuajando un complejo social nuevo: la Nación, y creando un nuevo tipo de Estado: el Estado nacional. Pero tan pronto como el pueblo —es decir, entonces la burguesía, el sector de la población que se había constituido en clase social nueva, que se sentía «pueblo»— adquiere sustantividad y conciencia de sí mismo, la Nación, lograda, trató de posesionarse de sus propios destinos y asumir el poder acumulado por la Corona en siglos de lucha contra los estamentos medievales. Para ello propugna un Estado democrático.

Cierto que el pensamiento del Estado constitucional se dirige a crear sólo una Democracia burguesa, y rehúye de diversas maneras las últimas consecuencias de su principio político esencial, frenado y limitado por la mezcla de elementos correspondientes a los otros principios, que Schmitt describe con acierto, y, sobre todo, por la afirmación de las libertades individuales. Pero, prescindiendo de su carácter fundamental y del altísimo postulado de cultura en que se apoyan —la radical dignidad de la persona humana—, también estas libertades individuales pueden ser consideradas en el aspecto de instrumento político creado para facilitar la introducción de la Democracia frente a la Monarquía en el momento de aparición del Estado constitucional. Y el Estado constitucional puede aparecer, a su vez y en último caso, como Democracia frente a Monarquía.

Esta contraposición, sin embargo, no debe engañar respecto a su alcance; no es absoluta; se limita —sin que ello sea cosa baladí— a los principios e instituciones políticas, pero no afecta para nada al Estado mismo en cuanto producto de la realidad social; deja subsistir el tipo de Estado nacional y lo acepta como base de su edificio. La nueva fórmula política, el Estado constitucional, pugna por abrirse paso y establecerse dentro del marco formado por la Monarquía, sobre el solar que éste le había preparado, es decir, a base de la Nación. De aquí que necesitase recoger, y adaptar a sus exigencias peculiares, determinadas características inherentes a la Nación, características que este complejo social, a su vez, había recibido de la Monarquía al ser troquelado por ella. Así se explica que el Estado constitucional no se hiciera cuestión del principio de unidad, ni del concepto de soberanía, que tantas dificultades ha creado después a la teoría del Estado; así se explica, incluso, que en un principio se atribuyeran al órgano capital de la Democracia —a la Representación nacional, unitaria y soberana— los atributos externos y el título de la Majestad.

Pero el Estado constitucional no es un momento estático. Se encuentra inserto en un proceso de evolución social e institucional, y dentro de este proceso realiza una etapa de especial transitoriedad —como, por lo demás, corresponde a la naturaleza de la clase social (media) en que se sostiene—. Lleva dentro los gérmenes de su propia disolución y, lo que es más importante, los gérmenes de disolución del Estado nacional mismo en su calidad de producto político-social y de solución concreta al problema de la convivencia humana. El Estado constitucional necesita contar con los supuestos creados por la Monarquía para la Nación; pero, a consecuencia del conjunto de derechos y libertades en que el régimen liberal consiste, ha de renunciar a toda clase de medios coactivos para mantener y restaurar aquellos supuestos; ha de consentir que crezcan y prosperen todas las tendencias dirigidas a quebrar la homogeneidad nacional, obra de la Corona omnipotente, que abatiera los poderes feudales reduciendo el complejo intrincado de las relaciones medievales a la relación única de súbdito a soberano y soberano a súbdito. El Estado constitucional, nacido de la conciencia de esa homogeneidad —sustantividad— nacional, cuenta con ella como *hecho,* y sobre la piedra angular de ese hecho condicionante edifica el complicado y

difícil juego de sus instituciones. Sin *efectiva* homogeneidad nacional no puede haber Estado de Derecho; la fórmula liberal-burguesa cae por su base. Pero ¿es que tampoco puede haber en tal caso Democracia? Tampoco puede haber Democracia... nacional, es decir, dentro del Estado unitario y soberano. En efecto: si ha de existir un solo centro de poder, y éste debe organizarse sobre el principio democrático, es inexcusable que las minorías lo sean accidentalmente y tengan la perspectiva de convertirse en mayorías para un momento posterior. Al tratarse de minorías sólidas, irreductibles, sustanciales, desaparece para ellas la condición de la Democracia; pierden toda opción al poder y pasan a constituirse en grupo dominado por una voluntad política ajena. Los procesos de asimilación o de segregación conducen por caminos opuestos a lograr la homogeneidad. En cambio, la solución que hoy suele intentarse al conflicto que en un Estado nacional implica siempre la presencia de una minoría irreductible —étnica, religiosa, lingüística, etc.—, al darle una situación estatutaria, contradice los supuestos del propio Estado nacional. Sólo el prurito político de afirmarlos a ultranza explica que el profesor Schmitt interprete los derechos reconocidos e internacionalmente garantizados a minorías sustantivas, como derechos individuales de los miembros de esas minorías. Y es que Schmitt dogmatiza los postulados del Estado nacional —tipo históricamente dado— y los eleva, de convicción política personal, al plano de lo teorético-absoluto. Necesita, por eso, encontrarlos siempre confirmados en la base de todos los fenómenos políticos reales. En parte, es lo que ha hecho la moderna Teoría del Estado, cuyos esfuerzos de abstracción y generalización no la han librado de acuñar sus conceptos sobre un tipo concreto de Estado. Y así, gran parte de su trabajo ha tenido que consistir en hacer compatibles con el modelo tácito hechos y tendencias nuevas, en definitiva contradicción con él. Pero aquí no se trata sólo —creo advertir— de hacer compatibles, sino también de reducir esos nuevos hechos y tendencias, encauzándolos hacia la solución doctrinal y práctica prevista —o, mejor, querida— por una ideología.

Habíamos comprobado que la ruptura de la homogeneidad hace imposible el liberalismo burgués. Schmitt se dedica a espiar los momentos críticos, los momentos de quiebra de la construcción del Estado de Derecho, y los denuncia para evidenciar que entonces, en el instante decisivo, el Estado constitucional traiciona sus propios principios y recae en soluciones que vienen determinadas por aquellas características inherentes y esenciales al tipo nacional de Estado que decíamos grabadas en él por el principio de poder político generador suyo: por la Monarquía. Debajo del Estado de Derecho duerme, en efecto, la Monarquía. En la hora de la crisis, el Estado nacional devuelve por naturaleza la solución política a que él mismo se debe. Pero este resultado lógico de un proceso político no autoriza por sí solo a considerar justificada la vieja fórmula, ni a presentarla como camino único, por más que la inercia la aconseje. Schmitt eleva a principios universales los postulados propios del Estado nacional, y desde ahí obtiene una interpretación ajustada de las instituciones y problemas del Es-

tado constitucional: desmonta pieza por pieza su construcción delicada, y nos muestra sus resortes íntimos. La coincidencia de su convicción política con los supuestos reales en que se apoya histórica y sociológicamente la forma política sobre que proyecta su atención estudiosa, aclara sin más el radical acierto de su interpretación. Pero no es suficiente, en cambio, para justificar en un terreno objetivo las consecuencias a que trata de inducir. Los elementos que juegan en la construcción schmittiana —«decisión», «soberano», «dictador», «Poder constituyente», etc.— vienen a coincidir en el vértice de un concepto (místico, en definitiva) de Pueblo, *Volk,* idéntico a Nación —totalidad homogénea—. La *Verfassungslehre,* que estudia sobre todo el Estado constitucional, está orientada en el sentido de demostrar por el análisis cómo bajo el complicado artificio del Estado liberal burgués, del Estado de Derecho —donde la Historia plasmó un afán superador, marca elevada en el camino humano hacia lo ideal-normativo—, se esconde siempre el hecho de la *decisión política soberana,* última *ratio* seca e insatisfactoria, que alude al pensamiento de la Monarquía nacional, pero que carece de las jugosas raíces espirituales de la Monarquía y renuncia con desenfado a todo criterio de justificación ideal. Apela tan sólo, *en cuanto hecho,* a la existencia política del Pueblo, totalidad homogénea que, *de hecho,* en la realidad político-social de hoy, quiebra por todas partes y se hace ilusoria... Queda hecha referencia incidental al caso de las minorías internacionalmente protegidas. Minorías sustanciales ha habido siempre: su presencia no determina por sí sola una crisis de la idea nacional —pues incluso puede servirle de estímulo—. Pero el dato de que el Estado no trate de asimilarlas al resto de la población, o de aniquilarlas, o simplemente las ignore; al contrario, les reconozca un estatuto, significa, sin duda, que el tipo de Estado nacional ha perdido virtualidad. Por lo demás, son muchos los caminos de la desintegración nacional y múltiples sus causas. Basta aludir, como más decisivas, a las que se basan en la actual expansión de la vida económica, con todas sus derivaciones de orden social.

Reconocíamos antes que, sin homogeneidad, no puede haber tampoco Democracia *nacional.* En realidad, lo que no hay es Nación, y toda la argumentación de Schmitt en este asunto parte de su prurito de elevar a dogma el tipo nacional, excluyendo cualquier posibilidad que escape a su ámbito. Y así, no sólo se abstiene de considerar solución ninguna de carácter pluralista al problema del poder político, sino que cuando estudia la Federación —fenómeno de la realidad—, se ingenia de manera a conseguir que, tanto el Estado federal como los Estados-miembros, aparezcan al mismo tiempo como unitarios y soberanos. Se advierte en seguida el designio político, servido por la elaboración teorética, que no deja lugar a la aspiración doctrinal y práctica de obtener un tipo de organización de la convivencia política distinto del Estado nacional, más flexible y complejo que éste, más rico y vario, adecuado a una nueva concepción de la vida y de la posición del hombre en el Universo... Y, porque precisamente el ordenamiento político bajo el que hoy vive España —la Constitución de la República— responde a una concepción pluralista, a un pensamiento orgánico

del Estado, creo obligado hacer referencia aquí, en el pórtico de este libro, al amplio y vario sector de la doctrina política actual que, abandonando de una vez los postulados nacionales en cuanto criterio dogmático —lo que no implica desconocer la realidad del hecho nacional en la medida de su exigencia—, ofrece diferentes senderos hacia nuevos tipos de organización de la convivencia política, hacia nuevos tipos de Estado, en lugar de refugiarse con desesperación en fórmulas y soluciones de signo reactivo. Sin extender esta referencia más allá de la alusión a las direcciones universalistas en todos sus grados y manifestaciones, de una parte, y de otra a los resultados doctrinales que el empirismo anglosajón deduce al interpretar la naturaleza del Imperio británico y del Estado inglés mismo, quiero afirmar, por lo que afecta al problema de España, que la actual convivencia y coordinación de cuerpos autónomos y centros de poder político dentro de un complejo orgánico —*Estado integral* dice la Constitución—, carece de sentido desde la ideología que C. Schmitt coloca en la base de su doctrina. Esta doctrina puede servir a todo nacionalismo, tanto al que pretenda una reintegración como al que persiga una desintegración. Pero es incapaz de remontarse en un intento superador. Y eso, porque carece de cimentación en valores esenciales humanos, y se atiene a la mística de un pueblo o Nación que es, en definitiva, como complejo social, un producto histórico...

La obra de Schmitt se nos muestra, en suma, como producto característico de crisis tan turbadora como la que atraviesa nuestro mundo. En lo político es evidente que el Estado constitucional, la fórmula liberal-burguesa, ha llenado su papel en la Historia y se ha hecho inservible: el desenvolvimiento de sus posibilidades internas a impulso de nuevos procesos sociológicos la ha reducido al absurdo, poniéndola en contradicción consigo misma. De aquí que la labor crítica contenida en este libro sea por completo certera, atinada, y no sólo en cuanto se aplica a instituciones, sino también cuando interpreta posiciones doctrinales como, por ejemplo, el vacío formalismo de Kelsen —siendo de advertir, por lo demás, que la crítica schmittiana del Estado *burgués* de Derecho, afilada y sutilizada hasta lo maravilloso, debe, sin duda, iniciación y posición fundamental al pensamiento marxista. En cuanto al fondo ideológico subyacente, pertenece, como queda dicho, a la esfera de la convicción política, anterior a toda operación mental y, por lo tanto, a toda articulación científica; habría que discutirlo en otro terreno. A mi entender —o, si se prefiere, en mi sentir—, induce hacia una vía muerta.

Francisco Ayala

Madrid, abril 1934.

A la memoria de mi amigo el
Dr. FRITZ EISLER,
de Hamburgo,
muerto en 27 de septiembre de 1914

PROLOGO

El presente trabajo no es ni un comentario, ni una serie de disertaciones monográficas, sino el intento de un sistema. *En Alemania tiene hoy la Constitución de Weimar destacados comentarios y monografías, cuyo alto valor en la teoría y la práctica es reconocido, y no necesitan más elogio. Es necesario, empero, afanarse además por erigir también una Teoría de la Constitución y considerar el terreno de la* Teoría de la Constitución *como rama especial de la Teoría del Derecho público.*

Este importante y autónomo sector de la Literatura no ha experimentado cultivo alguno en la generación última. Sus cuestiones y materias fueron discutidas, más o menos esporádica e incidentalmente, bien en el Derecho político, con muy diversos temas del Derecho público, o bien en la Teoría general del Estado. Esto se explica históricamente por la situación del Derecho político en la Monarquía constitucional, quizás también por la peculiaridad de la Constitución de Bismarck, cuya genial concepción reunía sencillez elemental y complicada torpeza; pero, sobre todo, por el sentimiento de seguridad política y social de la Preguerra. Una cierta concepción del «Positivismo» sirvió para desplazar cuestiones fundamentales de la Teoría constitucional desde el Derecho político hacia la Teoría general del Estado, donde encontraban una situación poco clara entre teorías políticas en general y temas filosóficos, históricos y sociológicos. Sobre esto debe recordarse aquí que también en Francia se ha desarrollado tarde la Teoría de la Constitución. En el año 1835 se creó (para Rossi) una Cátedra de Derecho constitucional en París, que, sin embargo, fue suprimida en 1851 (después del golpe de Estado de Napoleón III). La República creó una nueva Cátedra en 1879; pero todavía en 1885 se quejaba Boutmy (en sus Etudes de Droit constitutionnel) *de que la rama más importante del Dere-*

cho público estuviese abandonada en Francia y no la enseñase ningún autor reconocido. Hoy encuentra su expresión la singularidad de esta parte del Derecho público en nombres famosos, como Esmein, Duguit, Hauriou... Es de esperar que la consideración científica de la Constitución de Weimar lleve también en Alemania a la formación de una Teoría constitucional, si no impiden trastornos políticos interiores y exteriores el tranquilo y coordinado trabajo. Los escritos de Derecho público de los últimos años, y sobre todo las publicaciones de la Unión Alemana de Profesores de Derecho político, dejan reconocer ya esta tendencia. Si la práctica de una comprobación judicial de la constitucionalidad de las leyes sigue desarrollándose —como es de esperar, dada la actual posición del Tribunal del Reich—, esto conduciría también a ocuparse del aspecto teorético-constitucional de todas las cuestiones jurídicas. Por último, séame dado aducir que también las experiencias que he podido hacer desde 1919 en clases, prácticas y exámenes confirman esta visión de la Teoría constitucional como un territorio independiente del Derecho público, que requiere ser tratado por sí mismo. Ya mismo podría ser, en verdad, Teoría de la Constitución una parte de las lecciones universitarias sobre Teoría general del Estado (Política).

Como aquí sólo ha de proyectarse un sencillo compendio, no es del caso agotar monográficamente las distintas cuestiones del Derecho político y enumerar bibliográficamente la literatura. Tanto en los Comentarios a la Constitución de Weimar *de Anschütz y de Giesse, como en el compendio de Derecho político del Reich y de los Países, de Stier-Somlo, se encuentran, por lo demás, buenos cuadros de conjunto; de aquí que no sea necesario repetir una enumeración de títulos de libros. En una exposición científica son indispensables, es cierto, citas y compulsaciones. Sin embargo, aquí se han concebido, ante todo, como ejemplos, y deben aclarar la posición de ciertas cuestiones particulares en el sistema de la Teoría constitucional. Se procura siempre, más que nada, una línea clara y comprensible, sistemática. Hay que acentuar que actualmente en Alemania parece faltar la conciencia sistemática, y ya hasta en las colecciones científico-populares (cuya justificación sólo puede consistir en la sistemática más estricta) la Constitución es tratada «en forma de comentario libre», es decir, de notas a los distintos artículos. Frente a los métodos de comentario y glosa, pero también frente a la dispersión en investigaciones monográficas, quiero dar aquí un marco sistemático. Con ello no se contestan todas las cuesiones del Derecho político, ni todas las cuestiones de la Teoría general del Estado. Pero podría significar un esclarecimiento desde ambos lados, en los principios generales como en algunas cuestiones particulares, para desarrollar, en caso de verdadero logro, una Teoría de la Constitución en el sentido que aquí se entiende.*

Como cosa principal se presenta la Teoría de la Constitución del Estado burgués de Derecho. En eso no se puede hallar ningún reparo contra el libro, pues esta especie de Estado es todavía hoy el dominante en general, y la Constitución de Weimar corresponde a su tipo. Por eso parece también adecuado remitirse en los ejemplos, ante todo, a los moldes clá-

sicos de las Constituciones francesas. Claro que aquel tipo no puede, en manera alguna, elevarse a dogma, ni ser ignorados su condicionamiento histórico y su relatividad política. Corresponde, por el contrario, a los temas de una Teoría de la Constitución el demostrar que muy diversas fórmulas y conceptos tradicionales dependen por entero de situaciones anteriores, y no son ya viejos odres para el vino nuevo, sino sólo etiquetas anticuadas y falsas. Numerosas ideas dogmatizadas del actual Derecho público radican por completo en la mitad del siglo XIX y tienen el sentido (hace tiempo disipado) de servir a una integración. Quiero valorar aquí este concepto fecundamente elaborado para el Derecho político por Rodolfo Smend, con el fin de indicar sencillamente las circunstancias de un suceso: entonces, en el siglo XIX, cuando surgieron las definiciones todavía hoy aportadas de ley y otros importantes conceptos, se trataba de la integración de una cierta clase social, la burguesía instruida y rica, en un cierto Estado que entonces existía, la Monarquía más o menos absoluta. Hoy, con una situación de hecho completamente diferente, aquellas fórmulas pierden su contenido. Se me responderá que también los conceptos y distinciones de mi trabajo dependen de la situación de la época. Pero ya sería una gran ventaja que, al menos, se afirmaran en el presente y no supusieran una situación hace tiempo desaparecida.

Una singular dificultad de la Teoría constitucional del Estado burgués de Derecho consistiría en que el elemento de la Constitución propio de este tipo de Estado se encuentra hoy todavía confundido con la Constitución toda, si bien no puede bastarse a sí mismo, en realidad, sino que concurre con el elemento político. El equiparar —en pura ficción— los principios del Estado burgués de Derecho con la Constitución ha llevado a dejar desatendidos, o desconocer, fenómenos esenciales de la vida constitucional. La manipulación del concepto de soberanía bajo estos métodos de ficciones y desconocimientos es lo que más ha sufrido. En la práctica se desarrolla el empleo de actos apócrifos de soberanía, para los que es característico que autoridades o cargos del Estado, sin ser soberanos, realicen actos de soberanía ocasionalmente y bajo tolerancia tácita. Los casos más importantes se citan en su sitio (págs. 123, 175, 181), a lo largo de la siguiente exposición. Una discusión detallada de este tema correspondería a la Teoría de la soberanía y, por tanto, a la Teoría general del Estado. También las consideraciones acerca de la Teoría de la soberanía de H. Heller (Die Souveränität, *Berlín, 1927) afectaría a temas de la Teoría del Estado y deben por eso intentarse en otro orden de estudios. Aquí sólo había que tratar de lo pertinente a la Teoría de la Constitución en sentido propio. La Teoría de las formas de Gobierno en general, así como la Teoría de la Democracia, Monarquía y Aristocracia en particular, debe limitarse, por la misma razón, en el campo de lo ajeno a una Teoría de Constitución (a diferencia de una Teoría del Estado). Por lo demás, ya en esta delimitación se sobrepasa el volumen del libro que la Editorial había previsto.*

* * *

Durante la impresión aparecieron una serie de escritos y artículos de singular interés para el tema de una Teoría de la Constitución, y cuyo gran número demuestra que cada vez destaca más la Teoría de la Constitución como aspecto específico del Derecho político. Las disertaciones de la Dieta de 1927 de los profesores alemanes de Derecho político son citadas según el informe de A. Hensel en el Archiv des öffentlichen Rechts, *t. XIII, nueva serie, págs. 97 y sigs., porque la publicación completa (cuaderno 4 de las publicaciones de la Unión alemana de Profesores de Derecho político, en W. de Gruyter) sólo aparece en diciembre de 1927. Durante la impresión han llegado a mi conocimiento los siguientes trabajos que, al menos, quiero citar aquí: Adolfo Merkl:* Allgemeines Werwaltungsrecht *(en J. Springer); Walter Jellinek:* Verwaltungsrecht *(en J. Springer); O. Koellreutter, artículo «Staat», en el* Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, *editado por Stier-Somlo y A. Elster; los artículos de G. Jèze: «L'entrée au service public»* (Revue du Droit Public, *XLIV); Carré de Malberg:* La Constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875; *Berthélemy: «Les lois constitutionnelles devant les juges»* (Revue Politique et Parlamentaire, *CXXX, II/III, y W. Scheuner: «Über die verschiedenen Gestaltungen des parlamentarischen Regierungssystems* (Archiv des öffentlichen Rechts, *XIII). Para enero de 1928 se anuncia una nueva edición del* Kommentar zur Reichsverfassung, *de Poetzsch-Heffter (en O. Liebmann); por desgracia, no era posible aportar aún la nueva obra de este destacado jurista. Además, está anunciado un libro de Rodolfo Smend sobre cuestiones de Teoría constitucional. Yo he intentado en mi actual trabajo enfrentarme con sus anteriores publicaciones, y en la confrontación he experimentado la riqueza y honda fecundidad de sus pensamientos. Por eso, lamento de manera singular no conocer y poder valorar la esperada exposición de Teoría constitucional.*

Carl SCHMITT

Bonn, diciembre, 1927.

ABREVIATURAS

C. a. = Constitución alemana de 11 de agosto de 1919 (Constitución de Weimar).

a. C. a. = Antigua Constitución alemana del Imperio, de 16 de abril de 1871 (Constitución de Bismarck).

Prot. = Informe y protocolos de la Comisión octava de la Asamblea Nacional Constituyente alemana (Informes, número 21) sobre el proyecto de una Constitución del Reich alemán (Carl Heymanns: *Verlag,* Berlín, 1920).

AöR. = *Archiv des öffentlichen Rechts.*

JöR. = *Jahrbuch des öffentlichen Rechts.*

JW. = *Juristische Wochenschrift.*

Las referencias a obras conocidas (como Anschütz, *Kommentar;* Poetzsch, *Kommentar;* Giese, *Kommentar;* Wittmayer, *Weimarer Reichsverfassung; Meyer-Anschütz,* etcétera), así como las demás citas, no requieren mayor aclaración. L. Duguit, *Manuel de Droit constitutionnel,* se cita ocasionalmente, no según la edición más moderna (1923), sino según la primera (1907), a causa de las exposiciones históricas explicativas.

Sección Primera

CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

§ 1

CONCEPTO ABSOLUTO DE CONSTITUCION

(La Constitución como un todo unitario)

La palabra «constitución» reconoce una diversidad de sentidos. En una acepción general de la palabra, todo, cualquier hombre y cualquier objeto, cualquier establecimiento y cualquier Asociación, se encuentra de alguna manera en una «constitución», y todo lo imaginable puede tener una «constitución». De aquí no cabe obtener ningún sentido específico. Si se quiere llegar a una inteligencia hay que limitar la palabra «constitución» a Constitución *del Estado,* es decir, de la unidad política de un pueblo. En esta delimitación puede designarse al Estado mismo, al Estado particular y concreto como unidad política, o bien, considerado como una forma especial y concreta de la existencia estatal; entonces significa la *situación total* de la *unidad* y *ordenación políticas.* Pero «Constitución» puede significar también un sistema cerrado de normas, y entonces designa una unidad, sí, pero no una unidad existiendo en concreto, sino pensada, *ideal.* En ambos casos el concepto de Constitución es *absoluto,* porque ofrece un todo (verdadero o pensado). Junto a esto, domina hoy una fórmula según la cual se entiende por Constitución una serie de leyes de cierto tipo. Constitución y ley constitucional recibirán, según esto, el mismo trato. Así, cada ley constitucional puede aparecer como Constitución. A consecuencia de ello, el concepto se hace *relativo;* ya no afecta a un todo, a una ordenación y a una unidad, sino a algunas, varias o muchas prescripciones legales de cierto tipo.

La definición usual de los tratados es: Constitución = norma fundamental o ley fundamental. Lo que se entiende aquí por «fundamental» suele quedar poco claro; a veces se aplica sólo en un sentido tópico a una cosa políticamente muy importante o inviolable; así, cuando se habla, también con imprecisión, de derechos «fundamentales».

La significación teorético-constitucional de tales acepciones se desprende de la investigación conceptual que sigue; comp. la ojeada sobre las distintas significaciones de *lex fundamentalis,* «norma fundamental» o «ley fundamental», más adelante, § 5, pág. 63.

I. *Constitución en sentido absoluto* puede significar, por lo pronto, la concreta *manera de ser* resultante de cualquier unidad política existente.

1. Primera significación: Constitución = la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado. A todo Estado corresponde: unidad política y ordenación social; unos ciertos principios de la unidad y ordenación; alguna instancia decisoria competente en el caso crítico de conflictos de intereses o de poderes. Esta situación de conjunto de la unidad política y la ordenación social se puede llamar Constitución. Entonces la palabra no designa un sistema o una serie de preceptos jurídicos y normas con arreglo a los cuales se rija la formación de la voluntad estatal y el ejercicio de la actividad del Estado, y a consecuencia de los cuales se establezca la ordenación, sino más bien el Estado particular y concreto —Alemania, Francia, Inglaterra— en su concreta existencia política. El Estado no *tiene* una Constitución «según la que» se forma y funciona la voluntad estatal, sino que el Estado *es* Constitución, es decir, una situación presente del ser, un *status* de unidad y ordenación. El Estado cesaría de existir si cesara esta Constitución, es decir, esta unidad y ordenación. Su Constitución es su «alma», su vida concreta y su existencia individual.

Este sentido tiene con frecuencia la palabra «constitución» en los filósofos griegos. Según Aristóteles, el Estado (πολιτεία) es una ordenación (τάξις) de la vida común naturalmente dada de los hombres de una ciudad (πόλις) o de un territorio. La ordenación afecta al dominio en el Estado y a su articulación; por su virtud, hay en él un dominador (κύριος), pero a aquélla le compete la finalidad (τέλος) viva de esta ordenación, contenida en la particularidad real de la concreta formación política *(Política,* libro IV, cap. I, 5). Si se suprime esta Constitución, cesa el Estado; si se funda una Constitución nueva, surge un nuevo Estado. Isócrates *(Areópago,* 14) llama a la Constitución alma de la Polis (ψύχη πόλεως ἡ πολιτεία). Mejor se aclarará quizá esta idea de Constitución mediante un símil: la canción o pieza musical de un coro permanece igual cuando cambian los hombres que la cantan o ejecutan, o cuando cambia el lugar en que cantan o tocan. La unidad y ordenación reside en la canción y en la partitura, como la unidad y ordenación del Estado reside en su Constitución.

Cuando Jorge Jellinek *(Allgemeine Staatslehre,* pág. 491) presenta la Constitución como «una ordenación, según la cual se forma la voluntad del Estado», confunde una ordenación real presente con una norma con arreglo a la cual funcione algo, legal y debidamente. Todas las ideas que aquí vienen a cuento, tales como unidad, ordenación, finalidad (τέλος), vida, alma, deben denunciar algo del ser, no algo sólo normativo, o mejor dicho de lo que debe ser.

2. Segunda significación: Constitución = una manera especial de ordenación política y social. Constitución significa aquí el modo concreto de la supra- y subordinación, puesto que en la realidad social no se da ninguna ordenación sin supra- y subordinación. Aquí, Constitución es la *forma*

especial del dominio que afecta a cada Estado y que no puede separarse de él; por ejemplo: Monarquía, Aristocracia o Democracia, o como se quieran dividir las formas de gobierno. Constitución es aquí = *forma de gobierno.* En tal caso, la palabra «forma» designa igualmente algo existente, un *Status,* y no algo acomodado a preceptos jurídicos o a lo normativamente *debido.* También en este sentido de la palabra tiene todo Estado, claro está, una Constitución, pues le corresponde siempre alguna de las formas en que los Estados existen. También en este punto sería lo más exacto decir que el Estado *es* una Constitución; *es* una Monarquía, Aristocracia, Democracia, República de Consejos, y no sólo *tiene* una Constitución monárquica, etc. La Constitución es aquí la «forma de las formas», *forma formarum.*

En este sentido se empleó la palabra *status* (junto a otras significaciones de palabra tan rica en posibilidades expresivas; p. ej., situación en general, estamento, etc.), sobre todo en la Edad Media y en el siglo XVII. Santo Tomás de Aquino distingue en su *Summa Theologica* (I, II, 19, 10, c) como formas de gobierno *(status),* en congruencia con Aristóteles, 1, el Estado aristocrático *(status optimatum),* en el que rige una de algún modo selecta y escogida minoría *(in quo panci virtuosi principantur);* 2, la Oligarquía *(status pancorum),* es decir, el dominio de una minoría sin atender a una especial cualidad de selección; 3, la Democracia (el *status popularis),* en que domina la multitud de los campesinos, artesanos y trabajadores. Bodinus *(Les six livres de la République,* 1.ª ed., 1577, especialmente en el libro VI) distingue entre estas formas de gobierno el Estado popular *(état populaire),* Estado monárquico *(état royal)* y Estado aristocrático. En Grotius *(De jure belli ac pacis,* 1625), *status* es, en cuanto interesa aquí la expresión, la «forma *civitatis*» y, por tanto, también Constitución. En análogo sentido habla Hobbes (p. ej., *De cive,* 1642, cap. 10) de *status monarchicus, status democraticus, status mixtus,* etc.

Con una Revolución lograda se da sin más un nuevo *Status* y *eo ipso* una nueva Constitución. Así, en Alemania, tras la Revolución de noviembre de 1918, pudo el Consejo de Comisarios del Pueblo hablar, en una proclama de 9 de diciembre de 1918, de la «Constitución dada por la Revolución» (W. Jellinek, *Revolution und Reichsverfassung,* Jahrb. des oeffentl. Rechts IX, 1920, pág. 22).

3. Tercera significación: Constitución = el principio del devenir dinámico de la unidad política, del fenómeno de la continuamente renovada *formación* y *erección* de esta *unidad* desde una *fuerza* y *energía* subyacente u operante en la base. Aquí se entiende el Estado, no como algo existente, en reposo estático, sino como algo en devenir, surgiendo siempre de nuevo. De los distintos intereses contrapuestos, opiniones y tendencias, debe formarse diariamente la unidad política —«integrarse», según la expresión de Rodolfo Smend.

Este concepto de constitución se contrapone a los anteriores conceptos, que hablan de un *status* (con el sentido de una unidad estática). Aunque en la idea de Aristóteles se da también el elemento dinámico, la rigurosa separación de lo estático y lo dinámico tiene algo de artificiosa y violenta. En todo caso, este concepto «dinámico» de Constitución queda en la esfera del ser (evolutivo) y del existir; la Constitución

no se convierte todavía (como mediante el concepto de Constitución que después se tratará en II) en una simple regla o norma, bajo la cual subsumir. La Constitución es el principio activo de un proceso dinámico de energías eficaces, un elemento del devenir, pero no, ciertamente, un procedimiento regulado de prescripciones e imputaciones «normativas».

Lorenzo von Stein presentó en una gran construcción sistemática este concepto de Constitución. Es cierto que habla sólo de las Constituciones francesas desde 1789, pero al mismo tiempo alude al principio general dualístico de la teoría constitucional, que está reconocido con especial nitidez en Santo Tomás de Aquino *(Summa Theologica,* I, II, 105, art. 1) al subrayar dos cosas *(duo sunt attendenda): una,* la participación de todos los ciudadanos en la formación de la voluntad del Estado *(ut omnes aliquam partem habeant in principatu),* y *dos,* la especie de gobierno y dominación *(species regiminis vel ordenationis principatuum).* En el viejo contraste de libertad y orden, que está emparentado con el contraste de los principios político-formales (identidad y representación), cuyo desarrollo vendrá después (§ 16, II). Para Stein, las primeras Constituciones de la Revolución de 1789 (Constituciones de 1791, 1793, 1795) son *Constituciones* del Estado en sentido preciso, por contraste con las *Ordenaciones* del Estado, que comienzan con Napoleón (1799). La diferencia estriba en lo siguiente: la *Constitución* del Estado es aquella ordenación que comporta la coincidencia de la voluntad individual con la voluntad total del Estado y abarca a los individuos como miembros vivos del organismo estatal. Todas las instituciones y fenómenos constitucionales tienen el sentido de que el Estado «se reconoce como la unidad personal de la voluntad de todas las personalidades libres determinadas a la autodominación». La *ordenación* del Estado, por el contrario, considera ya a los individuos y a las autoridades como miembros del Estado y exige de ellos *obediencia.* En la Constitución del Estado sube la vida estatal de abajo arriba; en la ordenación del Estado actúa de arriba hacia abajo. La Constitución del Estado es *libre formación* de la voluntad del Estado; la ordenación del Estado es *ejecución* orgánica de la voluntad así formada *(Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich,* t. I, *Der Begriff der Gesellschaft,* ed. de G. Salomón, Munich, 1921, t. I, págs. 408-9; además, *Verwaltungslehre,* I, pág. 25). El pensamiento de que la Constitución sea el principio fundamental operante de la unidad política ha encontrado una vigorosa expresión en el célebre discurso de F. Lassalle, *Ueber Verfassungswesen,* 1862: «Si la Constitución, pues, forma la ley fundamental de un país, resultará ser... una *fuerza activa.*» Esta fuerza activa, y la esencia de la Constitución, las encuentra Lassalle en las relaciones objetivas de poder.

Lorenzo von Stein ha sido el fundamento del pensamiento teorético-constitucional del siglo XIX alemán (y al mismo tiempo, el vehículo en el que pudo permanecer viva la Filosofía del Estado de Hegel). En Roberto Mohl, en la *Teoría del Estado de Derecho* de Rodolfo Gneist, en Alberto Haenel, en todas partes, se reconocen las ideas de Stein. Esto cesa, tan pronto como cesa el pensamiento teorético-constitucional, esto es, con el dominio de los métodos de Laband, que se limitan a practicar en el texto de las prescripciones constitucionales el arte de la interpretación literal; a eso se llamaba «Positivismo».

Ahora, Rodolfo Smend, en su artículo «El poder político en el Estado constitucional y el problema de la forma de Gobierno» (Homenaje a W. Kahl, Tubinga, 1923) ha vuelto a situar el problema teorético-constitucional en todo su contorno. A las ideas de este artículo habremos de remitirnos todavía con frecuencia en lo sucesivo. Así, tal como hasta ahora se encuentra —sólo en esquema, por desgracia— la teoría de la «Integración» de la unidad estatal, me parece envuelve una inmediata derivación de las teorías de Lorenzo von Stein.

II. Constitución en sentido absoluto puede significar una *regulación legal fundamental,* es decir, un *sistema de normas* supremas y últimas (Constitución = norma de normas).

1. Aquí, constitución no es una actuación del ser, ni tampoco un devenir dinámico, sino algo normativo, un simple «deber-ser». Pero con esto no se trata de leyes o normas particulares, si bien quizá muy importantes y producidas con determinadas características externas, sino de una normación total de la vida del Estado, de la ley fundamental en el sentido de una unidad cerrada, de la «ley de las leyes». Todas las otras leyes y normas tienen que poder ser referidas a esa *una* norma. Bajo tal significación de la palabra, el Estado se convierte en una ordenación jurídica que descansa en la Constitución como norma fundamental; es decir, en una unidad de normas jurídicas. Aquí, la palabra «Constitución» designa una unidad y totalidad. También es, por eso, factible identificar Estado y Constitución; pero no, como en la anterior significación de la palabra, en el modo Estado = Constitución, sino al contrario: la Constitución es el Estado, porque el Estado es tratado como un *Deber-ser* normativo, y se ve en él sólo un sistema de normas, una ordenación «jurídica», que no tiene una existencia del Ser, sino que vale como deber, pero que no obstante —puesto que aquí se coloca una unidad cerrada, sistemática, de normas y se equipara con el Estado— sirve para fundar un concepto absoluto de Constitución. Por eso es también posible designar en este sentido a la Constitución como «soberana», si bien ésta es una forma poco clara de expresarse. Pues, en puridad, sólo una cosa con existencia concreta, y no una simple norma válida, puede ser soberana.

La forma de expresión según la cual no dominan los hombres, sino normas y leyes, que en este sentido deben ser «soberanas», es muy vieja. Para la moderna teoría de la Constitución, viene al caso el siguiente proceso histórico: En la época de la Restauración monárquica en Francia, y bajo la Monarquía de Julio (así, pues, de 1815 a 1848), han calificado especialmente los representantes del liberalismo burgués, los llamados «doctrinarios», a la Constitución (la *Charte)* de «soberana». Esta notable personificación de una ley escrita tenía el sentido de elevar la ley con sus garantías de la libertad burguesa y de la propiedad privada por encima de cualquier poder político. De este modo, se soslayaba la cuestión política de si era soberano el Príncipe o el Pueblo; la respuesta era sencillamente: no el Príncipe ni el Pueblo, sino la «Constitución» es soberana (comp. más adelante, § 6, II, 7, pág. 73). Es la respuesta típica de los liberales del Estado burgués de Derecho, para los cuales tanto la Monarquía como la Democracia deben limitarse en interés de la libertad burguesa y de la propiedad privada (sobre esto, más adelante, § 16, pág. 215). Así, habla un «doctrinario» típico de la época de la Restauración y Luis Felipe, Royer-Collard, de la soberanía de la Constitución (comprobación en J. Barthélemy, *Introduction du régime parlementaire en France,* 1904, págs. 20 y sigs.); Guizot, un representante clásico del Estado liberal de Derecho, habla de la «soberanía de la Razón», de la Justicia y de otras abstracciones, reconociendo acertadamente que sólo puede llamarse «soberana» una norma cuando no es voluntad y mandato positivos, sino Verdad, Razón y Justicia racional, y, por tanto, tiene determinadas *cualidades;* pues de otro modo, es soberano precisamente aquel que quiere y manda. Tocqueville representó y acentuó de modo

consecuente para la Constitución francesa de 1830 la inmutabilidad de la Constitución, derivando de ella todas las atribuciones del pueblo, del Rey y del Parlamento; fuera de la Constitución, todas estas magnitudes políticas no son nada (*«hors de la Constitution ils ne son rient»*, nota 12 al t. I, cap. 6 de la *Démocratie en Amerique).*

La teoría del Estado de H. Kelsen en tantos libros repetida *(Haupt-probleme der Staatsrechtslehre,* desarrollo de la *Lehre vom Rechtssatz,* 2.ª ed., 1923; *Das Problem des Souveränität und die Theorie des Voelkerrechts,* 1920; *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff,* 1922; *Allgemeine Staatslehre,* 1925), presenta también el Estado como un sistema y una unidad de normas jurídicas, naturalmente sin el menor intento de esclarecer el principio objetivo y lógico de esta «unidad» y este «sistema» y sin explicar cómo ocurre y por qué necesidad sucede que las muchas prescripciones legales positivas de un Estado y las distintas normas legal-constitucionales formen un tal «sistema» o una «unidad». El *ser* o *devenir* político de la unidad y ordenación estatal se cambia en *funcionamiento,* el contraste de *ser* y *deber ser* se confunde constantemente con el contraste del *ser* sustancial y el *funcionamiento* legal. Pero la teoría se hace inteligible si se la contempla como última derivación de la antes citada auténtica teoría del Estado burgués de Derecho, que trata de hacer del Estado una ordenación jurídica, viendo en esto la esencia del Estado de Derecho. En su gran época, en los siglos XVII y XVIII, la burguesía encontró la fuerza en un verdadero sistema: el Derecho racional y natural, y constituyó normas válidas en sí mismas de conceptos como propiedad privada y libertad personal, que valen antes qué y sobre cualquier *ser* político, porque son *justas* y *razonables* y por eso envuelven un Deber-ser auténtico, independiente de la realidad del Ser, es decir, de la realidad jurídico-positiva. De aquí se deducía una normatividad; aquí se podía hablar de sistema, orden y unidad. En Kelsen, por el contrario, sólo valen las normas *positivas,* es decir, aquellas que *realmente* valen; no valen porque en justicia *deban* valer, sino sólo porque son *positivas,* sin consideración a cualidades como razonabilidad, justicia, etc. Aquí cesa de repente el *deber ser* y desaparece la normatividad; en su lugar aparece la tautología de unos simples hechos: una cosa vale, cuando vale y porque vale. Esto es «positivismo». A quien sostenga en serio que «la» Constitución debe valer como «norma fundamental», y toda otra validez derivar de ella, no le es lícito el tomar como fundamento de un puro sistema de puras normas prescripciones concretas cualesquiera, porque hayan sido establecidas por un determinado órgano *(Stelle),* sean reconocidas y por ello designadas como «positivas», y así, sólo, resulten eficaces de hecho. Sólo de preceptos sistemáticos justos en sí mismos por virtud de su razonabilidad o justicia, sin consideración a la validez «positiva» de consecuencias normativas, se puede derivar una unidad u ordenación normativa.

2. En realidad, una Constitución es válida cuando emana de un poder (es decir, fuerza o autoridad) [1] constituyente y se establece por su voluntad. La palabra «voluntad» significa, en contraste con simples normas, una magnitud del Ser como origen de un Deber-ser. La voluntad se da de un modo existencial: su fuerza o autoridad reside en su ser. Una norma puede valer cuando es *justa;* entonces la concatenación sistemática conduce al Derecho natural y no a la Constitución positiva; o bien una norma vale porque está positivamente ordenada, es decir, por virtud de una voluntad existente. Una norma nunca se establece por sí misma (éste es un modo fan-

[1] Sobre el contraste de fuerza *(potestas)* y *auctoritas,* comp. la observación al § 8, pág. 93.

tástico de hablar), sino que se reconoce como justa porque es derivable de preceptos cuya esencia es también justicia y no sólo positividad, es decir, verdadera realidad ordenadora. Quien dice que la Constitución vale como *norma fundamental* (no como voluntad positiva), afirma con ello que es capaz de portar, en virtud de ciertas cualidades *de contenido,* lógicas, morales u otras, un sistema cerrado de preceptos justos. Decir que una Constitución no vale a causa de su justicia normativa, sino sólo de su positividad, y que sin embargo, funda como pura norma un sistema o una ordenación de puras normas, es una confusión llena de contradicciones.

No hay ningún sistema constitucional cerrado de naturaleza puramente normativa, y es arbitrario conferir trato de unidad y ordenación sistemáticas a una serie de prescripciones particulares, entendidas como leyes constitucionales, si la unidad no surge de una supuesta *voluntad unitaria.* Igualmente es arbitrario hablar de buenas a primeras de una ordenación jurídica. El concepto de ordenación jurídica contiene dos elementos completamente distintos: el elementos normativo del Derecho y el elemento real de la ordenación concreta. La unidad y ordenación reside en la existencia política del Estado, y no en leyes, reglas ni ninguna clase de normatividades. Las ideas y palabras que hablan de Constitución como una «ley fundamental», o una «norma fundamental», son casi siempre oscuras e imprecisas. Subsumen en una serie de normaciones de las más variadas clases, por ejemplo, los 181 artículos de la Constitución de Weimar, una «unidad» sistemática, normativa y lógica. Habida cuenta de la diversidad de pensamientos y contenidos de las prescripciones particulares insertas en la mayor parte de las leyes constitucionales, eso no es otra cosa que una burda ficción. La unidad del Reich alemán no descansa en aquellos 181 artículos y en su vigencia, sino en la existencia política del pueblo alemán. La voluntad del pueblo alemán —por tanto, una cosa existencial— funda la unidad política y jurídica, más allá de las contradicciones sistemáticas, incongruencias y oscuridades de las leyes constitucionales concretas. La Constitución de Weimar vale porque el Pueblo alemán «se la ha dado».

3. Las representaciones de la Constitución como una unidad normativa y cosa absoluta, se aclaran históricamente por una época en que la Constitución era entendida como codificación cerrada. En Francia dominó en 1789 esta fe racionalista en la sabiduría de un legislador y se confiaba en formular un plan consciente y completo de la vida política y social toda; bien que algunos consideraban asimismo la posibilidad de tomar en cuenta un cambio y revisión. Pero ya hoy no existe la fe en la posibilidad de un sistema de prescripciones normativas definitivamente justo, abarcando al Estado en su totalidad. Hoy se encuentra extendida la conciencia opuesta; que el texto de toda Constitución es independiente de la situación política y social del momento de su elaboración. Las razones por las cuales ciertas determinaciones legales son inscritas precisamente en una «Constitución» y no en una simple ley, dependen de consideraciones y contingencias políticas de las coaliciones de partidos. Con la fe en Codificación y unidad sistemática desaparece también el puro concepto normativo de Constitución

tal como lo supone la idea liberal de un absoluto Estado de Derecho. Era posible, sólo en tanto hallasen fe los supuestos metafísicos del Derecho natural burgués. La Constitución se transforma ahora en una serie de distintas leyes constitucionales positivas. Si, a pesar de eso, todavía se sigue hablando de norma fundamental, ley fundamental, etc. —no hay por qué citar aquí ejemplos y demostraciones—, es por efecto de la inercia de fórmulas tradicionales que hace tiempo están vacías. Igualmente impreciso y perturbador es seguir hablando de «la» Constitución. En realidad, se hace referencia a una mayoría o pluralidad asistemática de prescripciones legal-constitucionales. El concepto de Constitución se ha relativizado hasta convertirse en concepto de *ley* constitucional *en concreto*.

§ 2

CONCEPTO RELATIVO DE CONSTITUCION

(La Constitución como una pluralidad de leyes particulares)

La relativización del concepto de Constitución consiste en que en lugar de fijarse el concepto unitario de Constitución como un todo, se fija sólo el de *ley constitucional concreta,* pero el *concepto de ley constitucional* se fija según *características* externas y accesorias, llamadas *formales.*

I. Constitución, en sentido relativo, significa, pues, la ley constitucional en particular. Toda distinción objetiva y de contenido se pierde a consecuencia de la disolución de la Constitución única en una pluralidad de leyes constitucionales distintas, formalmente iguales. Para este concepto «formal» es indiferente que la ley constitucional regule la organización de la voluntad estatal o tenga cualquier otro contenido. Ya no se preguntará por qué una prescripción legal-constitucional necesita ser «fundamental» *(grundlegend).* Este modo de consideración relativizadora, llamada formal, hace indistinto todo lo que está en una «Constitución»; igual, es decir, igualmente relativo.

En la Constitución de Weimar se encuentran en gran número tales prescripciones legal-constitucionales, de las que en seguida puede advertirse no son fundamentadoras *(grundlegend)* en el sentido de una «ley de leyes»; p. ej., art. 123, 2: «Las reuniones al aire libre pueden ser sometidas al deber de previo aviso por una ley del Reich, y prohibidas en caso de inmediato peligro para la seguridad pública.» Art. 129, 3: «Se garantizará al funcionario el derecho a examinar su expediente personal.» Art. 143: «Los docentes de las escuelas públicas tienen los derechos y deberes de funcionarios públicos.» Art. 144, 2: «La inspección escolar será ejercida por funcionarios técnicos superiores especializados.» Art. 149, 3: «Se mantendrán las Facultades de Teología en las Universidades.» Todas son regulaciones legales que se han convertido en leyes constitucionales mediante su recepción en «la Constitución». La recepción en la Cons-

titución se explica por la situación histórica y política del año 1919. Los partidos en cuya cooperación descansaba la mayoría de la Asamblea nacional de Weimar quisieron con ahínco dar a estas prescripciones el carácter de normas constitucionales. No puede hallarse una razón objetiva para distinguir con forzosidad lógico-jurídica estas prescripciones particulares de otras también muy importantes. Se hubiera podido inscribir de igual manera en la Constitución que se garantizan el matrimonio civil y la disolución del matrimonio, que subsiste la libertad de testar, que el autorizado para cazar ha de reparar los daños en toda su magnitud, o que no pueden ser subidos los alquileres en los diez años inmediatos.

Tales detalles de la ley constitucional son todos igualmente «fundamentales» para una consideración formalista y relativista sin distinciones. La frase del art. 1, apartado 1 de la C. a.: «El Reich es una República», y la frase del art. 129, «se garantizará al funcionario el derecho a examinar su expediente personal», se llaman ambas «normas fundamentales», «ley de leyes», etc. Pero claro está que con tal formalización no reciben carácter fundamental en ningún modo aquellas prescripciones particulares, sino, al contrario, las auténticas prescripciones fundamentales son rebajadas al grado de detalles de la ley constitucional.

Las notas «formales» del concepto de Constitución son discutibles. Preciso es recordar sobre ello que la confusión de terminología y de formación conceptual usuales hoy, es muy grande. Por lo pronto, se equiparan y truecan tácitamente Constitución (como unidad) y ley constitucional (como particularidad); en segundo lugar, no se distinguen «Constitución en sentido formal» y «ley constitucional en sentido formal»; y, por último, se ofrecen dos notas para la determinación del carácter «formal», obtenidas de dos puntos de vista por completo dispares: unas veces se designa como «Constitución en sentido formal» sólo una Constitución *escrita,* y otras debe consistir lo formal de la ley constitucional, y de la así tácitamente equiparada Constitución, en que su *reforma está ligada a supuestos y procedimientos de mayor dificultad.*

II. *La Constitución escrita.* Lo «formal» de la Constitución escrita no puede consistir naturalmente en que alguien haya llevado al papel algunas prescripciones o estipulaciones, las haya instrumentado o hecho instrumentar, y por eso nos encontremos en presencia de un documento escrito. El carácter de formal sólo puede ser adquirido cuando ciertas propiedades, sea de la persona u órgano que emite el documento, sea del contenido instrumentado, justifican el hablar de una Constitución en sentido formal. Históricamente considerados, contenido y significado de la Constitución escrita pueden ser muy diversos y varios.

En el siglo XIX, por ejemplo, hasta el año 1848, la burguesía, en lucha con la Monarquía absoluta, venía exigiendo una Constitución escrita. Aquí el concepto de Constitución escrita se convierte en un concepto ideal, en el que se encuentran ínsitas las más distintas exigencias del Estado burgués de Derecho. Bien se comprende que estas demandas de una Constitución escrita formuladas por la burguesía liberal no hu-

bieran sido satisfechas emitiendo el rey una ordenación cualquiera con un contenido cualquiera, y despachando así un documento. Como Constitución escrita, en el sentido de esta exigencia política, valía tan sólo la que correspondiera al contenido de estas exigencias; comp. sobre esto, después, § 4, pág. 61.

Las razones que han llevado a designar como Constitución en sentido formal precisamente a la Constitución escrita son también muy distintas y proceden de puntos de vista contrapuestos, que es preciso distinguir aquí. Por lo pronto, la idea general de que una cosa fijada por escrito puede ser demostrada mejor, que su contenido es estable y protegido contra modificaciones. Ambos puntos de vista, *demostrabilidad* y mayor *estabilidad,* no bastan, sin embargo, para hablar en un sentido riguroso de formalismo. Antes bien, lo escrito necesita proceder de un órgano *(Stelle)* competente; se dará por supuesto un procedimiento reconocido como el adecuado, antes de que lo escrito pase por auténticamente escrito. Contenido y documento, pues, concurren tan sólo en un cierto procedimiento, y no son lo decisivo. La Constitución escrita necesita aparecer dentro de un cierto procedimiento, por ejemplo, ser *convenida,* según las exigencias de la burguesía alemana del siglo XIX (comp. después, § 6, pág. 73). «Si propongo a un jurista esta cuestión (la esencia de la Constitución), me contestará algo como esto: Una Constitución es una pacto jurado entre rey y pueblo, que fija los principios fundamentales de legislación y gobierno en un país» (Lassalle, 1862). La Constitución sería, pues, un *pacto* escrito. Pero una vez que ha aparecido así, podrá ser cambiada en vía *legislativa,* y aparece como *ley* escrita. En ambos casos se trata, naturalmente, tan sólo de que la Representación popular (el Parlamento) coopere; los conceptos «pacto» y «ley» tienen sólo el sentido político de asegurar la cooperación de la representación popular. La instrumentación *(Beurkundung)* viene a añadirse a eso, como otras formalidades, por ejemplo, la jura solemne. Tales características formales no pueden bastar nunca por sí mismas.

La exigencia de una «Constitución escrita» lleva como último resultado a considerar la Constitución como una *ley.* Aun cuando se haya erigido como convenio entre Príncipe y Representación popular, sólo debe poder ser cambiada en vía legislativa. Constitución se convierte, pues, en = ley, si bien, es cierto, ley de una clase especial, y se coloca como *lex scripta,* en contraposición a Derecho consuetudinario. Esta fórmula: Constitución = *lex scripta,* no necesita significar todavía la disolución de la Constitución única en una serie de distintas leyes constitucionales. Históricamente, la práctica de las modernas Constituciones escritas comienza con un contraste respecto a la práctica constitucional inglesa, que fundamentalmente reposa en la costumbre y usos: las Colonias inglesas en Norteamérica, que se declararon Estados independientes en 4 de junio de 1796, se dieron Constituciones escritas que fueron proyectadas y promulgadas como leyes por Asambleas «constituyentes» (más adelante, § 4, II, 3, pág. 61). Pero estas Constituyentes no fueron pensadas como leyes constitucionales aisladas, sino como codificaciones. Si el concepto de Constitución escrita lleva a

considerar la Constitución como ley, es, por lo pronto, sólo en el sentido de un concepto absoluto de Constitución, es decir, como *unidad* y como un *todo.* La Constitución inglesa, que descansa en actos de distinta naturaleza, en convenciones, pactos, leyes aisladas, costumbres y precedentes, no vale como Constitución en sentido formal, porque no ha aparecido ni ha sido escrita *completamente,* es decir, como una codificación cerrada, en forma de una ley. Han aparecido numerosas leyes constitucionales inglesas en forma de leyes escritas; así, para tomar sólo un ejemplo, la famosa Acta de Parlamento de 1911, mediante la cual se limita la colaboración de la Alta Cámara en la elaboración de leyes (más adelante, pág. 286). Inglaterra tiene, pues, leyes constitucionales en el sentido de leyes constitucionales escritas. Cuando, a pesar de ello, se dice que no tiene una Constitución en sentido formal, se entiende por Constitución una codificación cerrada que regula exhaustivamente el procedimiento de formación de la voluntad estatal. La idea de una Constitución escrita debía permanecer, por consiguiente, en la idea más amplia de una codificación constitucional cerrada y un concepto absoluto de Constitución.

Pero ya se ha dicho que hoy falta fe en tales codificaciones. Las Constituciones de los distintos Estados aparecen como una serie de diversas normaciones legales de conjunto: prescripciones orgánicas sobre las autoridades más importantes del Estado, programas y directrices de carácter general, garantías de ciertos derechos y numerosas prescripciones particulares que sólo han sido inscritas en la Constitución porque se quiere sustraerlas a las cambiantes mayorías parlamentarias y porque los partidos que determinan el contenido de la «Constitución» aprovechan la ocasión para prestar el carácter de leyes constitucionales a sus postulados de partido. Por lo demás, si una tal serie de leyes constitucionales es acordada por una Asamblea constituyente convocada de intento a este fin, la unidad de las prescripciones en ella contenidas no reside en su conjunto material, sistemático y normativo, sino en una *voluntad* política que, fuera de estas normas, las hace leyes constitucionales y que, como fundamento unitario suyo, emana de sí la unidad de aquéllas. En todos los países con Constituciones escritas se tiene hoy, en realidad, sólo una pluralidad de *leyes* constitucionales escritas.

Así, se aceptará en general que *Francia* tiene una Constitución escrita, una Constitución en sentido formal, y se habla de «la» Constitución del año 1875 porque en éste y en los siguientes años fueron promulgadas varias de las más importantes leyes constitucionales. Pero en las leyes constitucionales del año 1875 falta, como Barthélemy-Duez, págs. 39 y sigs., dice con razón, todo método, toda perfección dogmática, incluso la voluntad de ser completas y exhaustivas. «*Il n'y a pas de constitution; il y a des lois constitutionnelles.*» El resto, descansa todo él en costumbre y tradición, y sería imposible conocer, con los textos de estas leyes constitucionales en la mano, la vida política de la República francesa y ver en ellos, ni aun siquiera en un sentido sistemático aproximado, la normación exhaustiva del Derecho político francés.

En comparación con esas leyes consitucionales francesas, la *Constitución de Weimar* es sistemática y completa en lo que afecta a su parte orgánica. Pero, en todo caso,

envuelve una serie de leyes particulares y principios heterogéneos, así que tampoco cabe hablar aquí de una codificación en sentido material. También aquí se disuelve la unidad cerrada de una codificación constitucional en una suma de numerosas prescripciones particulares de índole legal-constitucional.

La pretendida determinación formal del concepto: Constitución en sentido formal = Constitución escrita, no enuncia hoy otra cosa que: Constitución = una serie de leyes constitucionales escritas. Más allá del concepto de *ley* constitucional, se pierde el concepto de Constitución. Con ello, nada de específico se gana para la determinación del concepto de Constitución. Aquel pretendido concepto formal ha llevado tan sólo a relativizar el concepto de Constitución, es decir, a hacer de la Constitución, entendida como unidad cerrada, una multitud de prescripciones legales externamente caracterizadas, que se designan como «leyes constitucionales». Con esto, surge el problema, más amplio, de la otra característica formal de la ley constitucional: el problema de la mayor dificultad en la reforma.

III. *Reforma dificultada, como característica formal de la ley constitucional.* La nota formal de la Constitución o (indistintamente) de la ley constitucional, se hallará en que los cambios constitucionales están sometidos a un procedimiento especial con condiciones más difíciles. Mediante las *condiciones de reforma dificultadas* se protege la duración y estabilidad de las leyes constitucionales y «se aumenta la fuerza legal».

Según Haenel *(Staatsrecht,* I, pág. 125, quien, por lo demás, sucumbe también aquí a la típica confusión de Constitución y ley constitucional), leyes constitucionales son «leyes externamente destacadas, a las que se atribuye una significación preeminente bajo circunstancias histórico-política dadas, y que reciben singulares garantías de duración e inviolabilidad por cuanto sus reformas están ligadas a formas de mayor dificultad y su permanencia asegurada por singulares condiciones de responsabilidad». Esta determinación conceptual de Haenel es todavía muy sustancial. G. Jellinek define simplemente: «La nota jurídica esencial de las leyes constitucionales estriba exclusivamente en su fuerza legal aumentada..., por eso son muy consecuentes aquellos Estados que no conocen diferenciación formal entre sus leyes al rechazar la recopilación de una serie de prescripciones legales bajo el nombre de un documento constitucional» *(Allg. Staatslehre,* pág. 520; *Gesetz und Verordnung,* pág. 262); además, Laband: *Staatsrecht,* II, págs. 38 y sigs.; Egon Zweig: *Die Lehre vom Pouvoir constituant,* 1909, págs. 5-6; W. Hildesheimer: *Über die Revision moderner Staatsverfassungen (Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht,* XV, 1, Tubinga, 1918), págs. 5 y sigs.

1. Hay Estados en que todas las prescripciones legales, sin consideración a su contenido, pueden ser reformadas por el procedimiento de una simple ley. Falta, pues, aquí, toda protección especial contra las reformas y no se da en este aspecto diferencia ninguna entre leyes constitucionales y leyes ordinarias, así que no puede hablarse de leyes constitucionales en sentido formal. Se habla aquí de *Constituciones flexibles,* expresión que deja abierto el tema de qué ha de entenderse por «Constitución» y por «ley constitucional».

El ejemplo capital de un país sin «Constitución en sentido formal» es Inglaterra, porque ahí no se hace distinción entre prescripciones orgánicas —acerca de las relaciones de Cámara alta y Cámara baja, por caso— y cualesquiera otras leyes, insignificantes en comparación —acaso una ley sobre el ejercicio de la profesión de dentista—. Todas las leyes se establecen mediante aprobación del Parlamento, y así, no cabe distinguir la Constitución, desde un punto de vista formal, de una tal ordenación de dentistas. La insuficiencia de semejante «formalismo» se ve ya en la absurdidez de este ejemplo.

A diferencia de estas «Constituciones flexibles», otras Constituciones se llaman *rígidas*. Una Constitución absolutamente rígida necesitaría prohibir todo cambio de cualquiera de sus prescripciones. En este sentido absoluto no habría ya ninguna Constitución rígida. Pero sí ocurre que haya prohibición *constitucional* de reforma para algunas prescripciones constitucionales *aisladas*. Así, una ley francesa de 14 de agosto de 1884, *prohíbe* hacer objeto de una propuesta de reforma constitucional la forma de gobierno republicana. Es un caso singular, cuya significación precisa habrá de ser tratada más adelante. Para la consideración formal que aquí se discute, no hace de la Constitución francesa una Constitución absolutamente rígida por lo que al resto se refiere.

Se califican, sin embargo, de Constituciones rígidas aquellas en que está prevista constitucionalmente la posibilidad de reformas o revisiones constitucionales; pero esta reforma o revisión se encuentra ligada a *supuestos* o *procedimientos especiales de mayor dificultad.*

Ejemplos: art. 76, C. a.: «La Constitución puede cambiarse por vía legislativa. Sin embargo, para que prosperen los acuerdos del Reichstag modificativos de la Constitución se necesita la presencia de los dos tercios del número legal de sus miembros y la conformidad de los dos tercios, al menos, de los presentes. También los acuerdos del Reichsrat sobre reformas de la Constitución necesitan una mayoría de dos tercios de los votos emitidos.» Art. 78, a. C. a.: «Las reformas de la Constitución se siguen en vía legislativa. Se entienden desechadas si encuentran 14 votos en contra en el Bundesrat.» El art. 8.° de la ley constitucional francesa, de 25 de febrero de 1875, determina que las reformas de la Constitución se hacen por acuerdo de una «Asamblea nacional», es decir, de una Asamblea compuesta de la reunión de ambas Cámaras —Cámara de Diputados y Senado—. Además, art. 118 y sigs. de la Constitución federal suiza de 29 de mayo de 1874 (con distinción entre revisión total y parcial); art. V de la Constitución federal americana de 1787, etc. Comp. después, § 11, pág. 122.

Si no existen ningunas prescripciones constitucionales sobre reformas de la Constitución (por ejemplo, en las Constituciones francesas [cartas] de 1814 y 1830), puede ser, sin duda, o que se acepte una Constitución flexible o una absolutamente rígida, es decir, o que las reformas de la Constitución pueden tener lugar en vía legislativa ordinaria, o que el silencio de la Constitución signifique que están prohibidas las reformas.

La respuesta acertada es: la Constitución sólo puede ser abolida como totalidad mediante un acto de Poder constituyente, estando prohibidas las modificaciones de la ley

constitucional. Desacertado, Hildesheimer, ob. cit., pág. 8, cuya explicación se hace, por desgracia, oscura, a causa de la confusión de Constitución y ley constitucional.

2. En el requisito de reforma dificultada hay una cierta garantía de duración y estabilidad. Claro es que garantía y estabilidad desaparecen cuando un partido o coalición de partidos decide y está en situación de proveer a los supuestos de mayor dificultad. En Alemania, a pesar de la gran atomización de los partidos, ha habido numerosas leyes desde el año 1919 ajustadas a las exigencias del art. 76 C. a., y, por ello, caracterizadas como «modificativas de la Constitución». El primitivo sentido de la garantía de una *Constitución* se pierde cuando la Constitución como un todo se relativiza en una pluralidad de distintas leyes constitucionales. La Constitución es, por su contenido y alcance, siempre más elevada y abarca más que cualquier ley particular. El contenido de la Constitución no era una cosa singular y destacada a causa de su más difícil reforma, sino al contrario: debía recibir la garantía de duración a causa de su significación fundamental. Esta consideración perdió peso cuando se trató, no ya de «la Constitución», sino de una o de varias de las numerosas leyes constitucionales en particular. Entonces surgió un punto de vista muy sencillo, de táctica partidista: la reforma dificultada no era ya la consecuencia de la cualidad constitucional, sino al contrario: se convertía en constitucional una prescripción para protegerla por cualesquiera razones prácticas (ajenas a cuanto tenga que ver con norma fundamental, etc.) frente al legislador, es decir, frente a las cambiantes mayorías parlamentarias. Cuando en agosto de 1926 se creó en Francia, por acuerdo de una Asamblea nacional, una llamada «Caisse autonome» para asegurar en ley constitucional ciertos ingresos a la amortización de la deuda pública y sustraerlos a los acuerdos presupuestarios de las mayorías parlamentarias, se trataba de algo efectivamente muy importante desde el punto de vista práctico, pero no «fundamental» en el viejo sentido. Si la formación de los maestros nacionales ha de regularse según las bases fundamentales de la «enseñanza superior» (art. 143, 2), la instrucción religiosa es disciplina ordinaria en las escuelas (art. 149, 1), y ha de garantizarse a los funcionarios el examen de su expediente personal (artículo 129), éstas son ciertamente prescripciones muy importantes, pero tienen el carácter de «leyes constitucionales» sólo en tanto en cuanto están protegidas frente a acuerdos de reforma de las cambiantes mayorías parlamentarias.

Al relativizar la Constitución en ley constitucional y hacer formal la ley constitucional, se renuncia por completo a la significación objetiva de Constitución. «La nota jurídica esencial de las leyes constitucionales estriba exclusivamente en su fuerza legal aumentada» (G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre,* pág. 520). Duración y estabilidad de la Constitución se reducen a que las formalidades de un artículo constitucional sobre reforma de la Constitución —el art. 76 en la Constitución de Weimar— han de resultar obstaculizadoras. Si realmente consistiera en esto el definitivo concepto de Constitución, la prescripción sobre reforma constitucional —el art. 76, para

la Constitución de Weimar— sería la médula esencial y el único contenido de la Constitución. Toda la Constitución sería tan sólo un dispositivo, y, en realidad, sólo una ley en blanco que en cada caso puede llenarse según las prescripciones sobre reforma constitucional. A todo precepto constitucional alemán tendría que añadirse el complemento: a reserva de un cambio en vía del art. 76 C. a. «El Reich alemán es una República» (art. 1) —a reserva del art. 76 C. a.—; «El matrimonio es el fundamento de la familia» (art. 119) —a menos que se determine otra cosa en vías del artículo 76 C. a.—; «Todos los habitantes del Reich gozan de plena libertad de creencias y conciencia» (art. 135) —a menos que no se les quite en vías del art. 76—, etc. Esta sería la consecuencia del concepto «formal» de Constitución, según lo presenta hoy con la mayor naturalidad la actual doctrina alemana del Derecho político.

Pero ni lógica ni jurídicamente es posible un tal concepto de Constitución. No se puede orientar la determinación del concepto de *Constitución* con arreglo al criterio de cómo puede reformarse una *ley constitucional* concreta. Tampoco es lícito definir la ley constitucional como una ley susceptible de ser reformada con un cierto procedimiento, porque las condiciones dificultadas para la reforma descansan ellas mismas en una prescripción constitucional y presuponen su concepto. Sería manifiestamente inexacto decir: el art. 76 C. a. es una ley constitucional, porque puede ser cambiado e incluso suprimido en vías del art. 76. En primer lugar, es inexacto aceptar que puede ser tocada cualquier regulación legal-constitucional en vías del art. 76 (comp. después, § 11), y en segundo lugar, la esencia de una ley constitucional no puede ser reconocida porque sea susceptible de reforma en un cierto procedimiento. Por el procedimiento de *reforma* no puede definirse la esencia del objeto reformado. Una reforma constitucional hecha constitucionalmente, depende, desde los puntos de vista lógico y cronológico, de la Constitución. Las prescripciones de la Constitución de Weimar son, aun sin atender al art. 76, leyes constitucionales en sentido formal; no reciben su fuerza de su eventual reformabilidad, sino que las prescripciones sobre la reforma, como las otras prescripciones legal-constitucionales, deben su fuerza a la Constitución. Si se quiere obtener el concepto formal de Constitución de los requisitos para la reforma de una prescripción legal-constitucional, se confunde el poder constituyente del Pueblo alemán con las facultades que el Reichstag, el Reichsrat o el cuerpo electoral han recibido en el art. 76. La competencia para reformar las leyes constitucionales es una competencia incluida en el marco de la Constitución, fundada en la misma, y no sobrepasándola. No envuelve la facultad de dar una nueva Constitución, y mediante una referencia a esta facultad no puede alcanzarse ningún concepto utilizable de Constitución, sea «formal» u otro. Se necesita, pues, otra definición de Constitución, distinta de ésta, «formal».

§ 3

EL CONCEPTO POSITIVO DE CONSTITUCION

(La Constitución como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política)

Sólo es posible un concepto de Constitución cuando se distinguen Constitución y ley constitucional. No es admisible disolver primero la Constitución en una pluralidad de leyes constitucionales concretas y después determinar la ley constitucional por algunas características externas o acaso por el procedimiento de su reforma. De este modo se pierden un concepto esencial de la Teoría del Estado y el concepto central de la Teoría de la Constitución. Fue un error característico la afirmación de un famoso teórico del Derecho político, según el cual la transformación de la Constitución en una «especie de la ley» es una «adquisición de la cultura política del presente». Antes al contrario, para la Teoría constitucional la distinción entre Constitución y ley constitucional es el comienzo de toda discusión ulterior.

El juicio citado de que la Constitución es una «especie de la ley» procede de Bernatzik (*Grünhuts Zeitschr. für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, t. 26, 1899, pág. 310). Se dirige contra la opinión de que la Constitución es un *pacto* (entre Príncipe y Parlamento), queriendo distinguir con claridad la Constitución, como algo permanente e irrevocable, del pacto que «crea una relación de utilidad recíproca» (*selbstnützíges*) y que «bajo ciertas circunstancias es impugnable, nulo, revocable, soluble». Se explica la confusión de Constitución y ley constitucional, por cuanto que se acentuaba sólo polémicamente el concepto de *ley* en contraste con un *pacto*, mientras que hoy el contraste con la ley (en el sentido de resolución parlamentaria) debe acentuarse, no contraponiéndolo a la construcción de pacto, sino al concepto positivo de Constitución, para protegerle de una disolución y corrupción formalista.

I. La Constitución en sentido positivo surge mediante un *acto del poder constituyente*. El acto constituyente no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de deci-

sión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto *constituye* la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior. No es, pues, que la unidad política surja porque se haya «dado una Constitución». La Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política. Esta forma se puede cambiar. Se pueden introducir fundamentalmente nuevas formas sin que el Estado, es decir, la unidad política del pueblo, cese. Pero siempre hay en el acto constituyente un sujeto capaz de obrar, que lo realiza con la voluntad de dar una Constitución. Tal Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta *por sí misma* y *se da a sí misma.*

En la fundación de nuevos Estados (como en el año 1775 en los Estados Unidos de América, o en el año 1919 con la fundación de Checoslovaquia), o en revoluciones sociales fundamentales (Francia, 1789; Rusia, 1918), se presenta con la mayor claridad este carácter de la Constitución como una decisión consciente que fija la existencia política en su concreta forma del ser. Con esto puede surgir también con la mayor facilidad la idea de que una Constitución ha de fundar siempre un nuevo Estado, error que se explica, de otra parte, por la confusión de la Constitución con un «pacto social» (mediante el cual se funda la unidad política); comp. más adelante, § 7, pág. 80. Otro error ligado con esto consiste en considerar la Constitución como una codificación exhaustiva. La unidad de la Constitución, sin embargo, no reside en ella misma, sino en la unidad política, cuya particular forma de existencia se fija mediante el acto constituyente.

La Constitución no es, pues, cosa absoluta, por cuanto que no surge de sí misma. Tampoco vale por virtud de su justicia normativa o por virtud de su cerrada sistemática. No se da a sí misma, sino que es dada por una unidad política concreta. Al hablar, es tal vez posible decir que una Constitución *se establece por sí misma* sin que la rareza de esta expresión choque en seguida. Pero que una Constitución *se dé a sí misma* es un absurdo manifiesto. La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da. Toda especie de normación jurídica, y también la normación constitucional, presupone una tal voluntad como existente.

Las *leyes constitucionales* valen, por el contrario, a base de la Constitución y presuponen una *Constitución.* Toda ley, como regulación normativa, y también la ley constitucional, necesita para su validez en último término una *decisión* política previa, adoptada por un poder o autoridad políticamente existente. Toda unidad política existente tiene su valor y su «razón de existencia», no en la justicia o conveniencia de normas, sino en su existencia misma. Lo que existe como magnitud *política,* es, jurídicamente considerado, digno de existir. Por eso su «derecho a sostenerse y subsistir» es el supuesto de toda discusión ulterior; busca ante todo subsistir en su existencia, *in suo ese perseverare* (Spinoza); defiende «su existencia, su integridad, su seguridad y su Constitución» —todo valor existencial.

La conjunción de «existencia, integridad, seguridad y Constitución» es singularmente expresiva y certera. Se encuentra en el art. 74, a. C. a., que la adoptó del acuerdo de la Federación alemana de 18 de agosto de 1836. Esta resolución federal decidió que toda empresa dirigida contra la existencia, la integridad, la seguridad o la Constitución de la Federación alemana en los distintos Estados de la Federación, sería juzgada y castigada como alta traición o traición al país *(Landesverrat)*. La Constitución federal suiza de 29 de mayo de 1874 declara en su preámbulo como propósito de la Comunidad suiza, afirmar el vínculo de los confederados, sostener y propulsar la unidad, fuerza y honor de la Nación suiza; en su art. 2.° declara como fin de la Federación: «Afirmación de la independencia de la Patria contra el extranjero, mantenimiento de la tranquilidad y orden en el interior», etc. No hay ninguna Constitución sin tales conceptos existenciales.

Como quiera que todo ser es concreto y se encuentra dispuesto de cierta manera, a toda existencia política concreta le corresponde alguna Constitución. Pero no toda entidad con existencia política decide en un acto consciente acerca de la forma de esta existencia política, ni adopta mediante determinación propia consciente la decisión sobre su modo concreto de ser, como los Estados americanos en su Declaración de Independencia y la Nación francesa en el año 1789. Frente a esta decisión existencial, todas las regulaciones normativas son secundarias. Tampoco los conceptos, aplicados en normas jurídicas, que presuponen la existencia política, conceptos como alta traición, traición al País, etc., reciben su contenido y su sentido de una norma, sino de la realidad concreta de una existencia política independiente.

II. *La Constitución como decisión.* Es necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de Constitución. Al mismo tiempo, es preciso no desconocer la relatividad de las distintas *leyes* constitucionales. La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una *decisión política del titular del poder constituyente,* es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica.

Así, la Constitución francesa de 1791 envuelve la decisión política del pueblo francés a favor de la Monarquía constitucional con dos «representantes de la Nación», el Rey y el Cuerpo legislativo. La Constitución belga de 1831 contiene la decisión del pueblo belga a favor de un Gobierno monárquico (parlamentario) de base democrática (Poder constituyente del pueblo), al modo del Estado burgués de Derecho. La Constitución prusiana de 1850 contiene una decisión del Rey (como sujeto del Poder constituyente) a favor de una Monarquía constitucional al modo del Estado burgués de Derecho, con lo que queda conservada la Monarquía como forma del Estado (y no sólo como forma del Ejecutivo). La Constitución francesa de 1852 contiene la decisión del pueblo francés a favor del Imperio hereditario de Napoleón III, etc.

Estas decisiones políticas fundamentales son, por lo que afecta a la Constitución de Weimar: la decisión a favor de la *Democracia,* adoptada

por el pueblo alemán en virtud de su existencia política como Pueblo; encuentra su expresión en el preámbulo («el Pueblo alemán se ha dado esta Constitución») y en el art. 1, 2: «El poder del Estado emana del Pueblo»; además, la decisión a favor de la *República* y contra la Monarquía en el art. 1, 1: «El Reich alemán es una República»; la decisión a favor del mantenimiento de los Países, es decir, de una *estructura de forma federal* (si bien no propiamente federal) *del Reich* (art. 2); la decisión a favor de una *forma* fundamentalmente *parlamentario-representativa de la legislación y el Gobierno;* por último, la decisión a favor del *Estado burgués de Derecho* con sus principios: derechos fundamentales y división de poderes (después, § 12, pág. 138). Con esto se caracteriza el Reich alemán de la Constitución de Weimar como una Democracia constitucional, es decir, como un Estado burgués de Derecho en la forma política de una República democrática con estructura federal. La determinación del art. 17 C. a., que prescribe una Democracia parlamentaria para todas las Constituciones de los Países, contiene la corroboración de aquella decisión fundamental de conjunto a favor de la Democracia parlamentaria.

1. Las determinaciones de la Constitución de Weimar aquí citadas no son leyes constitucionales. Frases como: «el pueblo alemán se ha dado esta Constitución»; «el poder del Estado emana del pueblo»; o: «el Reich alemán es una República», no son leyes y, por lo tanto, tampoco leyes constitucionales. Ni aun siquiera son leyes de bases o leyes fundamentales. Pero no por eso son algo mínimo o indigno de consideración. Son *más* que leyes y normaciones; son las decisiones políticas concretas que denuncian la forma política de ser del pueblo alemán y forman el supuesto básico para todas las ulteriores normaciones, incluso para las leyes constitucionales. Todo lo que dentro del Reich alemán hay de legalidad y normatividad, vale solamente sobre la base, y solamente en el marco, de estas decisiones. Ellas extinguen la sustancia de la Constitución. El hecho de que la Constitución de Weimar sea una Constitución y no una suma inconexa de prescripciones particulares reformables según el art. 76 C. a., colocadas en el texto por los partidos del Gobierno de coalición de Weimar a favor de cualesquiera «compromisos», consiste sólo en esta decisión existencial totalitaria del pueblo alemán.

Es un error típico de la teoría del Estado de la Preguerra desconocer la esencia de tales decisiones y hablar, sintiendo que había ahí algo distinto de una normación legal, de «simples proclamaciones», «simples declaraciones» y hasta «lugares comunes». La Constitución misma se disuelve así en la nada entre ambos elementos: algunas expresiones de mejor o peor gusto, por un lado; una multitud de leyes inconexas, externamente caracterizables, por el otro. Consideradas de manera razonable, aquellas decisiones políticas fundamentales son, incluso para una jurisprudencia positiva, el primer impulso y lo propiamente positivo. Las ulteriores normaciones, las enumeraciones y delimitaciones de competencias en detalle, las leyes para las que se ha elegido por cualquier causa la forma de la ley constitucional, son relativas y secundarias frente a aquellas decisiones; su singula-

ridad externa se caracteriza en el hecho de que sólo pueden ser reformadas o suprimidas mediante el procedimiento dificultado de reforma del art. 76.

Las Constituciones del Reich de 1871 y 1919 contienen preámbulos en que la decisión política se encuentra formulada de manera singularmente clara y penetrante. La teoría del Derecho político alemán los ha tratado casi siempre como «simples declaraciones», como «noticias históricas», como «hechas de modo sólo enunciativo, no dispositivo» (así, Anschütz: *Kommentar,* pág. 32; Meyer-Anschütz, pág. 646, nota). También aquellos escritores que muestran mayor comprensión para el significado jurídico de dichos preámbulos y que no pasan de largo con tales simples distinciones, hablan sólo de que el preámbulo debe indicar «el espíritu de la obra constitucional», que se trata de «imponderables», etc. (Wittmayer, pág. 40). El que más lejos ha llegado es E. Hubrich: *Das democratische Verfassungsrecht des Deutschen Reiches,* Greifswald, 1921, pág. 13: el preámbulo de la Constitución de Weimar no tiene un simple carácter enunciativo, sino, «en realidad, carácter dispositivo-jurídico». ¿Por qué? ¡Porque está promulgado con arreglo al § 6 de la ley de 10 de febrero de 1919! Pero, además de esto, porque contiene, si bien tan sólo «en muy generales trazos», reglas obligatorias —una unión interesante de formalismo desesperado con alguna percepción de la significación objetiva del preámbulo.

En las deliberaciones de la Asamblea Nacional de Weimar dominaron las expresiones de la preguerra (Kahl: *Prot.,* pág. 490). Se habló de «simple declaración», incluso de efectos de agitación y otras cosas interesantes desde el punto de vista psicológico. Pero lo único decisivo es: el preámbulo de la Constitución de Weimar contiene la declaración auténtica del pueblo alemán, que quiere decidir con plena conciencia política como sujeto del poder soberano. Lo específicamente democrático de la Constitución consiste en que no es el Rey, sino el pueblo, quien ejercita el Poder constituyente. De este decisivo contraste del Poder constituyente frente a todos los otros poderes y facultades derivados no cabía hablar en la Jurisprudencia de la preguerra —y casi todos los juristas de la Asamblea Nacional de Weimar empleaban sólo el vocabulario del Derecho político monárquico.

2. El significado práctico de la diferenciación entre Constitución y ley constitucional se muestra en los siguientes ejemplos de su aplicación:

a) En vías del art. 76 C. a. pueden reformarse las *leyes* constitucionales, pero no la Constitución como totalidad. El art. 76 dice que «la Constitución» puede reformarse en la vía legislativa. En realidad, y por el modo poco claro de expresión corriente hasta ahora, no distingue el texto de este artículo entre Constitución y ley constitucional. Sin embargo, el sentido es claro y se expondrá con mayor claridad aún, después, en las explicaciones que han de venir (acerca de los límites de la competencia para la reforma de la Constitución, § 11, pág. 118). Que «la Constitución» pueda ser reformada, no quiere decir que las decisiones políticas fundamentales que integran la sustancia de la Constitución puedan ser suprimidas y sustituidas por otras cualesquiera mediante el Parlamento. El Reich alemán no puede ser transformado en una Monarquía absoluta o en una República soviética por mayoría de dos tercios del Reichstag. El «legislador que reforma la Constitución», previsto en el art. 76, no es en manera alguna omnipotente. La terminología que habla del «omnipotente» Parlamento

inglés, irreflexivamente repetida desde De Lolme y Blackstone, y trasladada a todos los otros Parlamentos posibles, ha introducido aquí una gran confusión. Pero una resolución mayoritaria del Parlamento inglés no bastaría para hacer de Inglaterra un Estado soviético. Sostener lo contrario sería, no ya una «consideración de tipo formalista», sino igualmente falso desde los puntos de vista político y jurídico. Semejantes reformas fundamentales no podría establecerlas una mayoría parlamentaria, sino sólo la voluntad directa y consciente de todo el pueblo inglés.

El acto de dar la Constitución es *cualitativamente* distinto del de reformarla (es decir, revisar las leyes constitucionales contenidas en el texto), porque en un caso se entiende por Constitución la decisión de totalidad, y en otro, la *ley* constitucional. Por eso, una Asamblea «constituyente» es cualitativamente distinta de un Parlamento, de un Cuerpo legislativo normal, o sea, constitucionalmente previsto. El texto de la Constitución de Weimar fue puesto en vigor por simple mayoría de una Asamblea «constituyente» que, naturalmente, podía establecer las prescripciones constitucionales, no en virtud de su propio derecho, *sino sólo en virtud de un encargo especial inmediato*. Si una tal Asamblea constituyente no fuera cualitativamente distinta de un Parlamento ordinario, se iría al resultado absurdo y torcido de que un Parlamento, mediante *acuerdos adoptados por simple mayoría, pudiera vincular a todos los siguientes* Parlamentos (elegidos por el mismo pueblo y a través de los mismos métodos democráticos), haciendo exigible una mayoría establecida para la supresión de ciertas leyes (no distintas cualitativamente) que fueron puestas en vigor por una simple mayoría. Sobre la distinción entre el acto de dar la Constitución y el de reformarla, después, § 10, I, pág. 108, y § 11, II, pág. 117.

b) La Constitución es intangible, mientras que las *leyes* constitucionales pueden ser suspendidas durante el estado de excepción, y violadas por las medidas del estado de excepción. Según el art. 48, 2, C. a., está facultado el Presidente del Reich para adoptar tales medidas; los derechos fundamentales establecidos en los arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153 C. a. pueden ser puestos temporalmente fuera de vigor. Todo esto no atenta a la decisión política fundamental ni a la sustancia de la Constitución, sino que precisamente se da en servicio del mantenimiento y subsistencia de la misma. Por eso sería absurdo hacer de la intangibilidad de la Constitución una intangibilidad de cada una de las leyes constitucionales y ver en cada una de las prescripciones legal-constitucionales un obstáculo insuperable para la defensa de la Constitución en su conjunto. Esto, en la práctica, no sería más que colocar la ley particular por encima del conjunto de la forma de existencia política, cambiando en su contrario el sentido y finalidad del estado de excepción.

Para la interpretación del art. 48, 2, C. a. (dictadura del Presidente), se ha puesto en pie la teoría de que las medidas del Presidente del Reich no pueden «tocar» a ninguna determinación constitucional (fuera de los siete derechos fundamentales suspendibles), porque «la Constitución es intangible»; así, la doctrina de la «intangibilidad» expuesta por Richard Grau y tan citada por él *(Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten und der Landesregierungen auf Grund des Artikels 48 der Reichsverfassung,* Ber-

lín, 1922; además, *Verhandlungen des 33 Deutschen Juristentags,* 1925, págs. 81 y sig.; *Gedächtnisschrift für Emil Seckel,* 1927, págs. 430 y sigs.). Esta teoría es sólo posible en tanto que se confunda la Constitución con cada una de las leyes constitucionales y no se distinga entre una frase como «El Reich alemán es una República» (art. 1.°) y determinaciones particulares como «Se garantizará a los funcionarios el conocimiento de su expediente personal» (art. 129). Con esto, hay que desconocer por completo la esencia de una Dictadura de comisario.

c) La Constitución garantiza una serie de llamados *derechos fundamentales.* Es preciso distinguir la regulación concreta en una ley constitucional de tales garantías fundamentales, y la garantía misma. Mediante normaciones constitucionales y legales pueden admitirse amplias intervenciones en el campo de los derechos fundamentales garantizados. Pero tan pronto como el derecho fundamental es *negado,* la Constitución misma queda vulnerada. Una negación semejante no puede tener lugar en un Estado burgués de Derecho por medio de una ley de reforma de la Constitución; comp. después, § 14, pág. 181.

d) Un *conflicto constitucional* propiamente dicho no afecta a cada una de las muchas particularidades de la ley constitucional, sino sólo a la Constitución como decisión política fundamental; comp. después, § 11, III, página 126.

e) El *juramento de la Constitución* (art. 76, C. a.) no significa un juramento de cada una de las distintas normas de la ley constitucional; mucho menos significa un (inmoral) juramento en blanco que habría que relacionar con el procedimiento de reforma y envolver conformidad y sumisión a todo lo que se establezca en vías del art. 76. No puede jurarse un procedimiento de reforma. Lo singular y específico del juramento consiste en que, el que jura, se vincula *existencialmente* con su persona; el juramento de la Constitución es una tal vinculación respecto de la forma de existencia política. Este juramento significa, pues, un juramento de la Constitución entendida en sentido propio y positivo, es decir, un reconocimiento, confirmado por el juramento, de las decisiones políticas fundamentales que se hallan contenidas en la Constitución de Weimar y que hacen de ella una Constitución en sentido sustancial. (Sobre esto, la disertación sostenida en Bonn por E. Friesenhahn, *Der politische Eid, Bonner Abhandlungen,* cuaderno 1, 1928.)

f) La *alta traición* es un ataque a la *Constitución,* no a la ley constitucional; sobre esto, después, § 11, IV, pág. 132.

g) Algunas prescripciones *legal*-constitucionales pueden seguir valiendo como prescripciones legales, aun sin especial reconocimiento legal, después de abolida la Constitución (comp. los ejemplos, después, § 10, II, 2, pág. 110); la *Constitución* derogada, como es natural, no cuenta ya.

h) Según el art. 148, 3, 2, C. a., cada escolar recibe a la terminación de sus deberes escolares un ejemplar «de la Constitución». Naturalmente, no recibe la voluminosa y pesada colección de todas las *leyes* constitucionales en sentido formal surgidas desde 1919 con arreglo al procedimiento

más difícil del art. 76 C. a. No se le entrega un ejemplar de la ley de reforma de la Constitución de 30 de agosto de 1924 (*Gaceta Legislativa del Reich*, II, págs. 235-357), emitida sobre la base del protocolo de Londres de 16 de agosto de 1924; tampoco, a pesar del art. 178, 2, 2, un ejemplar del Tratado suscrito en Versalles en 28 de junio de 1919.

III. *El carácter de compromiso de la Constitución de Weimar.*

1. La Constitución de Weimar es una Constitución porque contiene las decisiones políticas fundamentales sobre la forma de existencia política concreta del pueblo alemán, antes enumeradas (v. II, 1). Pero en las particularidades de la regulación *legal*-constitucional, así como en ciertas declaraciones y programas que fueron aceptados en el texto de la Constitución, se encuentran algunos compromisos y oscuridades que no contienen decisión alguna y en los que, por el contrario, los partidos de la coalición buscaron soslayar una decisión. Las decisiones planteadas de modo inmediato con la situación política no pueden, naturalmente, ser soslayadas en la Constitución, pues, si no, ésta no existiría. Si una Asamblea «constituyente» intentara eludir la decisión, la decisión recaería entonces fuera de la Asamblea, por vías violentas o pacíficas; en el último caso podría ocurrir que una simple ley aportara la decisión, o acaso un sencillo precedente cuya eficacia misma sólo es explicable si se quiere reconocer en él la voluntad del pueblo como sujeto del poder constituyente.

La Asamblea nacional francesa intentó, al formular las leyes constitucionales de 1875, dejar abierta la posibilidad de un restablecimiento de la Monarquía. Estas leyes constitucionales no envolvían, pues, una decisión clara para la cuestión a decidir: ¿Monarquía o República?; las leyes constitucionales eran una «Constitución de expectativa monárquica» (J. Barthélemy). La decisión recayó después: en parte, en la ley de 14 de agosto de 1884 (para completar el § 3, art. VIII, de la ley constitucional de 25 de febrero de 1875), que determina que la forma republicana de gobierno no puede ser objeto de una propuesta de reforma; en parte, la decisión había recaído ya de antemano con la actitud del pueblo francés: en 1875 fue elegida una mayoría republicana para la Cámara; en 1877, el intento de Mac Mahon de disolver la Cámara dio por resultado la elección de una nueva mayoría republicana. El desvío del pueblo hacia los métodos de la *attente monarchique* fue tan fuerte y tan claro que esta malograda disolución se convirtió en un precedente de trascendencia inaudita: desde entonces ha desaparecido en la práctica el derecho de disolución del Presidente francés, así como su derecho de veto; a pesar del texto expreso de la ley, ya no pueden ser empleados. Todos los dictámenes de los juristas que se escudan en ese texto y dan a entender que formalmente vale todavía y no ha sido derogado por ninguna ley (comp., por ejemplo, la interesante encuesta en la *Revue des Vivants*, septiembre 1927, págs. 259 y sigs.), no han podido cambiar nada en la eficacia de ese precedente de 1877. La notable fuerza de un tal caso consiste en que, con aquella recusación del «golpe de Estado» de Mac Mahon, recayó la decisión política del pueblo francés por la República y contra la Monarquía, decisión que la Asamblea nacional había intentado soslayar en las leyes constitucionales de 1875. Pero, tan pronto como es conocido y reconocido con claridad este sentido del precedente, puede recibir el derecho de disolución su significación propia y normal, y ponerse otra vez en práctica.

2. La Constitución de Weimar es una Constitución, no sólo una serie de leyes constitucionales. Envuelve las decisiones políticas fundamentales a favor de una Democracia constitucional. Pero, por lo demás, se encuentra en los desarrollos legal-constitucionales como en disposiciones diversas —sobre todo en la segunda parte, bajo el epígrafe «Derechos y deberes fundamentales de los alemanes»— una reunión de programas y prescripciones positivos basados en los más distintos contenidos y convicciones políticos, sociales y religiosos. Garantías individualistas burguesas de libertad personal y propiedad privada, puntos de programa socialista y Derecho natural católico han sido mezclados en una síntesis con frecuencia confusa. Respecto a ello hay que observar que entre las últimas contraposiciones de convicciones religiosas auténticas, así como entre auténticas contraposiciones de clases, es, en general, apenas posible un compromiso, y en todo caso muy difícil. Tratándose de una Constitución, sólo es posible cuando la voluntad de unidad política y la conciencia estatal pesa más que todas las contraposiciones religiosas y de clase, con lo que se relativizan aquellas diversidades eclesiásticas y sociales. Las cuestiones políticas fundamentales que han de ser inmediatamente decididas con la situación política —así, en 1919, la cuestión: ¿Monarquía o República? ¿Democracia constitucional o Dictadura de Consejos?— no podían ser ni fueron eludidas. Aquí hubiera resultado imposible un compromiso, y, de haber tenido lugar, hubiera sido sólo con la antes citada consecuencia de una decisión apócrifa. Hubiérase perdido el carácter de Constitución escrita; la decisión había tenido lugar en la vía del Derecho consuetudinario, de la práctica, particularmente por medio de precedentes del estilo de los acontecimientos ocurridos en Francia después de 1875.

Pero la Constitución de Weimar no contiene todas las decisiones políticas fundamentales ineludibles en el año 1919. La gran alternativa: ordenación burguesa o socialista de la sociedad, ha sido despachada evidentemente sólo mediante un compromiso. La segunda parte de la Constitución de Weimar muestra en las determinaciones sobre los derechos y deberes fundamentales de los alemanes un «carácter mixto», «en cierta medida, un grado intermedio entre concepciones burguesas y socialistas» (así, el diputado socialista Katzenstein, *Prot.,* pág. 186). En realidad, sin embargo, se introdujeron en parte, y en parte se proclamaron como programa, sólo una serie de reformas sociales, mientras que no se extrajeron consecuencias *políticas* específicas de los principios del socialismo. La decisión fundamental recayó por completo a favor del Estado burgués de Derecho y de la Democracia constitucional. Se quería no discutir «sobre principios, sobre concepciones totales», y «ponerse de acuerdo en la regulación de relaciones concretas» (Düringer, *Prot.,* pág. 186). Pero el dilema de principio no podía soslayarse en la situación dada. La decisión tenía que recaer a favor del *status quo* social, es decir, a favor del mantenimiento del ordenamiento burgués de la sociedad, en cuanto que la otra decisión, revolución socialista, consecuentemente practicada a manera de Constitución soviética, había sido rechazada expresamente, incluso por los socialdemócratas. («Las

enormes agudezas y decisoriedad de la Constitución soviética, las rechazamos nosotros, los socialdemócratas», Katzenstein, *Prot.,* pág. 186). Lo que había de desprenderse de tal conducta lo expresó el diputado Martin Spahn: «El fijar la relación del Estado con los movimientos sociales se encuentra más allá del terreno en que descansan las viejas Constituciones. Soy de opinión de permanecer en el antiguo punto neutro, no colocándonos ahora ya en el terreno de los movimientos sociales surgidos por la revolución, pues no se ha concluido aún el proceso, y no podemos prescindir hoy de la dirección que todavía puede tomar» *(Prot.,* págs. 155-6). Las «viejas Constituciones» no eran en modo alguno Constituciones que desconocieran «la relación del Estado con los movimientos sociales»; eran Constituciones del Estado burgués de Derecho, y contenían por eso la decisión a favor de principios de la libertad burguesa que más adelante (§ 12) habremos de discutir: derechos fundamentales y distinción de poderes. La manifestación del diputado Martin Spahn no significa otra cosa sino que la cuestión: Estado burgués de Derecho o Estado proletario de clases, se decidió en el sentido del Estado burgués de Derecho. Aquí, la decisión era insorteable e ineludible.

3. Las determinaciones de la Constitución de Weimar contienen además una serie de compromisos *no auténticos,* de otra naturaleza, a distinguir de aquellas decisiones auténticas de las cuestiones de principio, a distinguir también de los compromisos auténticos en particularidades no de principio, en que encuentran su regulación y ordenación objetiva, mediante transacciones, detalles de organización y de contenido. Se les podría llamar compromisos apócrifos, porque no afectan a decisiones objetivas logradas mediante transacciones, sino que precisamente consiste su esencia en alejar y aplazar la decisión. El compromiso estriba, pues, en encontrar una fórmula que satisfaga todas las exigencias contradictorias y deje indecisa en una expresión anfibiológica la cuestión litigiosa misma. Sólo contiene así una aproximación externa, verbal, de contenidos objetivamente inconciliables. Tales compromisos apócrifos son verdaderos compromisos en cierto sentido, pues no resultarían posibles si no hubiera inteligencia entre los partidos. Pero la inteligencia no afecta al fondo; se está conforme sólo en aplazar la decisión y dejar abiertas las más distintas posibilidades y significados. El compromiso no afecta a la solución objetiva de una cuestión por medio de transacciones objetivas, sino que el acuerdo tiende a contentarse con una fórmula dilatoria que tenga en cuenta todas las pretensiones. También se encuentran en la Constitución de Weimar ejemplos de estos compromisos de fórmula dilatoria. Esto se entiende con sólo considerar las deliberaciones de la Asamblea nacional de Weimar. E. VERMEIL ha descrito en su obra sobre la Constitución de Weimar (Estrasburgo, 1923, sobre todo, pág. 223) las contradicciones y la falta de una «homogénea y coherente doctrina» en el seno de la Asamblea nacional. En los fuertes contrastes eclesiásticos y sociales existentes en Alemania, y en una situación tan crítica como el verano de 1919, no podían tratarse compromisos dilatorios, si había de llegarse a una resolución. Dado el supuesto de que

se adoptaran las decisiones políticas esenciales, ninguna razón había en contra para aplazar la decisión de otras cuestiones, dejando intactos, por lo pronto, los contrastes religiosos y sociales. Hubiera sido insensato y muestra de deficiente discernimiento jurídico confundir y tomar por auténtico compromiso objetivo el compromiso de fórmula dilatoria, tratando persistentemente contrastes objetivos de principio con los métodos de tales compromisos de fórmula.

Los ejemplos típicos de compromisos de fórmula dilatoria se encuentran en la parte segunda de la Constitución de Weimar, sobre todo en las secciones tercera y cuarta, que regulan las relaciones de Estado e Iglesia, y Estado y Escuela. Estado e Iglesia no se separan en la Constitución de Weimar, es decir, la Iglesia no es considerada como sociedad privada, ni la religión como «asunto privado»; el Estado no se hace laico. Las exigencias del liberalismo radical burgués y el programa de la socialdemocracia, que es liberal en estas cuestiones de la llamada política cultural, no se realizaron. La religión no puede ser asunto privado según la Constitución de Weimar, porque las sociedades religiosas siguen siendo corporaciones de Derecho público, como habían sido hasta entonces (art. 137, C. a.) y no se comprende qué cosa hubiera sido en ellas «pública», si la religión era algo puramente privado. El Estado no puede separarse radicalmente de un asunto de la vida pública, reconocido como público. También la enseñanza religiosa está reconocida por la ley constitucional como asignatura ordinaria en las escuelas (art. 149, 1), y el reconocimiento del domingo y días festivos (artículo 139) hace imposible una separación radical de Estado e Iglesia. De otra parte, no puede haber, sin embargo, una «Iglesia del Estado» (art. 137, 1), ni siquiera en la medida en que hasta entonces el Estado prusiano hizo de la religión cristiana el fundamento de la vida pública (art. 14 de la Constitución prusiana de 1850 —sobre esto, Anschütz: *Die Verfassungsurkunde für der preussischen Staat,* 1912, págs. 260 y sigs.). La cuestión de si lo *público* de la vida en Alemania debe conservar como hasta entonces un carácter específicamente cristiano, no está denegada con claridad. Para la práctica diaria de la Administración estatal y municipal, para el manejo de los conceptos policiales como «orden público», es eso de la mayor significación inmediata; compárese la decisión del Tribunal administrativo de Prusia, t. 43, pág. 300: «La religión cristiana es en el Estado prusiano, por su formación histórica y constitucional, una parte del orden público, estando por eso sometida a la protección policial.» En otras partes se encuentran postulados de una verdadera separación de Estado e Iglesia.

El art. 138, C. a., por ejemplo, prevé un rescate de las prestaciones estatales a las sociedades religiosas mediante la legislación del País. «Las prestaciones estatales a las sociedades religiosas basadas en ley, contrato o título jurídico especial, serán redimidas por la legislación del país. Las bases para ello las fija el Reich.» Así se correspondió a una exigencia de plena *separación* financiera sostenida por demócratas y socialistas independientes. Pero la cuestión es si esta disposición del artículo 138 significa, al mismo tiempo que disposición de un rescate, *prohibición* de ulteriores prestaciones del Estado a la Iglesia. Se ha sostenido, por una parte (Israël: *Reich, Staat, Kirche,* 1926, página 19), interpretando la *ratio* del art. 138, que es ley constitucional del Reich la prohibición de todo futuro gasto de recursos del Estado para la Iglesia. Por otro lado, se hace valer que los partidos de derecha y el Centro católico sortearon «de manera tácticamente hábil» la discusión sobre este punto, habiendo impedido así la entrada de una prohibición en el texto constitucional (E. R. Huber: *Die Garantie der Kirlichen Vermögensrechte in der Weimarer Verfassung,* 1927, págs. 5-6). Lo que significa: la cuestión de la separación financiera no fue decidida, y no debió ser decidida. El

resultado es, como casi siempre que se suspenden las decisiones, mantenimiento del *status quo.* En general, puede decirse que la Constitución de Weimar ha separado y alejado el Estado de la Iglesia, quitándole así su influencia, pero no ha separado, por el contrario, la Iglesia del Estado.

El segundo ejemplo de un compromiso de fórmula dilatoria está implícito en el llamado *compromiso de la escuela,* del art. 146, C. a. En el párrafo primero se coloca el precepto fundamental de la escuela simultánea; en el segundo se coloca como principio independiente, «en lo posible», la «voluntad de padres o tutores», es decir, prácticamente, hoy, la escuela confesional. En el art. 144 se reconoce el precepto fundamental de la escuela del Estado y se dice que en la inspección escolar del Estado pueden participar los Municipios, mientras que para nada se nombran aquí las sociedades religiosas; pero según el art. 149, 1, la enseñanza religiosa es asignatura ordinaria en las escuelas y «ha de exponerse de acuerdo con las normas básicas de las correspondientes sociedades religiosas». Así se han implantado, unos junto a otros, los puntos de vista de una escuela *del Estado* rigurosamente establecida, una fijada por la voluntad de los padres o tutores, una escuela *confesional* y una escuela *libre.* La colisión de estos principios es inevitable cuando se quiere poner en marcha una ley escolar a base del art. 146. La colisión puede resolverse por simple «sí» o «no», o por compromisos objetivos y concesiones recíprocas. Pero allí donde se reconocen *principios,* unos junto a otros en plano de igualdad, no se contiene decisión objetiva alguna, ni tampoco auténtica decisión de compromiso, sino envío a un compromiso ulterior, es decir, aplazamiento provisional de la decisión.

Estos dos ejemplos de compromiso de fórmula dilatoria son de la mayor significación jurídica, porque muestran cómo alguna determinación legal-constitucional no contiene decisión, ni tampoco decisión de compromiso. Puede ser, como se ha dicho, políticamente discreto y razonable aplazar de esa manera la decisión. Pero hay que tener noción de la particularidad del compromiso de fórmula dilatoria, porque, si no, la interpretación jurídica de tales determinaciones constitucionales incurre en una irremediable confusión. Si ha de fijarse la «voluntad de la ley» y no existe en realidad otra voluntad que la de no tener provisionalmente voluntad ninguna en este asunto, sino aplazarla, todas las habilidades literales, todas las investigaciones del momento histórico, incluso todas las declaraciones privadas de los diputados participantes, sólo conducirán al resultado de que se acentúan y ponen en juego una palabra del texto legal contra la otra, una frase contra la otra, sin que, en tanto se actúe con honradez intelectual, sea posible una demostración convincente. Cuando el legislador utiliza tales fórmulas, ello tiene justamente el sentido de que los distintos partidos y principios pueden invocar el texto constitucional. Así se explica que en la actualidad (otoño 1927) la ejecución por Ley de Escuelas del llamado compromiso de la escuela (art. 146, C. a.) presente el cuadro de una eterna discusión sin esperanza, en que ambas partes apelan, convencidas, al texto de la ley constitucional y que, tanto juristas destacados como R. Thoma y K. Rothenbücher, como también el Gobierno prusiano, eleven contra el proyecto del Gobierno del Reich el recurso de violación de la Constitución o de inconstitucionalidad (comp. W. Landé, *Aktenstücke zum Reichsvolksschulgesetz,* Leipzig, 1927, págs. 112, 113, 125). La decisión objetiva

recae, como decisión política, mediante la propia ley de escuelas, esto es, cuando se trata de ejecutar el compromiso de fórmula, y no mediante interpretaciones y apreciaciones jurídicas. Porque no cabe interpretar una voluntad inexistente. Donde no hay voluntad, nada tiene que hacer la más aguda penetración jurídica. Toda consideración «normativa» acaba aquí en una preocupada pedantería.

Si la Constitución de Weimar no contuviera más que tales compromisos dilatorios, sería ilusorio su valor y habría que convenir en que las decisiones políticas fundamentales recayeran *fuera* de los procedimientos y métodos constitucionalmente previstos. Pero la sustancia de la Constitución de Weimar estriba —política como jurídicamente— en que adopta de clara e indistinta manera las decisiones políticas fundamentales sobre la forma política y los principios del Estado burgués de Derecho. Sin esta decisión política, sus determinaciones orgánicas serían sólo las normas de un funcionar sin sustancia y las prescripciones de sus distintas leyes tendrían sólo el significado de un éxito táctico logrado por una coalición de partidos en un momento favorable para proteger los intereses particulares de los partidos contra las cambiantes mayorías parlamentarias.

Desde una posición socialista radical podría sostenerse que es inesencial la decisión del pueblo alemán contenida en la Constitución de Weimar, y decir que el tema propio de la situación del año 1919 afectaba a la contraposición de clases de la burguesía capitalista y el proletariado socialista, y que, en esta cuestión, la Constitución de Weimar contenía, en todo caso, tan sólo un oscuro compromiso de fórmula dilatoria. Esto es inexacto. La Constitución de Weimar adopta aquí una decisión: el Reich alemán es una democracia constitucional. Lo que en aquella opinión socialista se designaba como compromiso, lo es de hecho en medida no muy elevada, como lo son la socialdemocracia y la Segunda Internacional mismas: un compromiso de ideas liberales, democráticas y socialistas. La alternativa política: República de Consejos con Dictadura del Proletariado o Estado liberal de Derecho con forma de gobierno democrática, se encuentra, en todo caso, decidida con claridad.

§ 4

CONCEPTO IDEAL DE CONSTITUCION

(«Constitución», llamada así en un sentido distintivo y a causa de un cierto contenido)

I. Con frecuencia se designa como «verdadera» o «auténtica» Constitución, por razones políticas, la que responde a un cierto ideal de Constitución.

La terminología de la lucha política comporta el que cada partido en lucha reconozca como verdadera Constitución sólo aquella que se corresponda con sus postulados políticos. Cuando los contrastes de principios políticos y sociales son muy fuertes, puede llegarse con facilidad a que un partido niegue el nombre de Constitución a toda Constitución que no satisfaga sus aspiraciones. En particular, la burguesía liberal, en su lucha contra la Monarquía absoluta, puso en pie un cierto concepto ideal de Constitución, y lo llegó a identificar con el concepto de Constitución. Se hablaba, pues, de «Constitución» sólo cuando se cumplían las exigencias de libertad burguesa y estaba asegurado un adecuado influjo político a la burguesía. De esta forma surge un concepto singular, distintivo, de Constitución. Así, cada Estado no tiene ya por sí mismo una Constitución, sino que hay Estados con y sin Constitución, Estados «constitucionales» y Estados «no constitucionales». Se habla de una Constitución constitucional del Estado, lo que sería absurdo en sí mismo, si no hubiera un cierto programa político en el fondo del concepto de Constitución.

También la llamada Teoría positivista del Estado ha identificado aquí «Constitución» y «Constitución constitucional del Estado» (G. Jellinek: *Staatslehre*, pág. 499). Se refleja aquí en la Teoría del Estado y de la Constitución el éxito político de un movimiento. Los maestros de Derecho político del siglo XIX tienen, en general y también en Alemania, un cierto ideal de Constitución, el liberal-burgués, que, tácitamente, colocan en la base de sus deducciones jurídicas, incluso cuando obtienen algunas distinciones teóricas. Por lo demás, en el concepto de Constitución del siglo XIX se unen

los ideales de libertad liberal-burguesa con la autodeterminación democrática del pueblo; comp. la definición de Constitución en Lorenzo von Stein, antes, § 1, pág. 32.

Con la aglomeración de un concepto ideal de Constitución y otros conceptos de Constitución, o con la unión de distintos ideales de Constitución, surge fácilmente la confusión y oscuridad. Cuando adquieren influjo político partidos con opiniones y convicciones contradictorias, se manifiesta su fuerza política en que prestan a los conceptos —imprecisos por necesidad— de la vida del Estado, tales como Libertad, Derecho, Orden público y seguridad, su contenido concreto. Es explicable que «libertad», en el sentido de una ordenación social burguesa apoyada en la propiedad privada, signifique cosa distinta que en el sentido de un Estado regido por un proletariado socialista; que el mismo hecho calificado en una Monarquía como «atentado a la tranquilidad, seguridad y orden públicos» sea juzgado de otro modo en una República democrática, etc. Para el lenguaje del liberalismo burgués, sólo hay una Constitución cuando están garantizadas propiedad privada y libertad personal; cualquier otra cosa no es «Constitución», sino despotismo, dictadura, tiranía, esclavitud o como se quiera llamar. Por el contrario, para una consideración marxista consecuente, una Constitución que reconozca los principios del Estado burgués de Derecho, sobre todo la propiedad privada, es, o bien la Constitución de un Estado técnica y económicamente retrasado, o, si no, una pseudo-Constitución reaccionaria, una fachada jurídica, desprovista de sentido, de la dictadura de los capitalistas. Otro ejemplo: para la concepción de un Estado laico, esto es, rigurosamente separado de la Iglesia, un Estado que no practique esa separación no es un Estado libre; al contrario, para una cierta especie de convicción confesional y religiosa, un Estado sólo tiene verdadera Constitución cuando considera la situación de hecho, social y económica, de la Iglesia, le garantiza una libre actividad pública y autodeterminación, protege sus instituciones como parte del orden público, etc.; sólo entonces se concederá por parte de la Iglesia que pueda hablarse de «libertad». Por eso son posibles tantos conceptos de Libertad y Constitución como principios y convicciones políticos.

II. *El concepto ideal de Constitución del Estado de Derecho.*—En el proceso histórico de la Constitución moderna ha prosperado tanto un determinado concepto ideal, que, desde el siglo XVIII, sólo se han designado como Constituciones aquellas que correspondían a las demandas de libertad burguesa y contenían ciertas garantías de dicha libertad.

1. *Constitución = un sistema de garantías de la libertad burguesa.* Este concepto de Constitución descansa en la división entre Constituciones liberales y no-liberales, división de infinitos significados en sí misma, pero que recibe su significación concreta de unas palabras de Montesquieu. Se trata de la frase del *Esprit des lois,* lib. XI, caps. 5 y 7: «Unas Constituciones tienen como objeto y fin inmediatos la gloria del Estado (la *gloire de l'état);* otras, la libertad política de los ciudadanos.» Con esto se esta-

blece la distinción fundamental entre Libertad y Poder, *liberté* y *gloire*. El mismo Montesquieu las trata todavía como dos criterios igualmente legítimos y valiosos de la vida del Estado. Con los avances de la burguesía liberal, la libertad burguesa se convirtió en el criterio adecuado, no para la vida política del Estado en general, y sobre todo no para su política exterior, es cierto, pero sí en el terreno de la legislación constitucional. El ejemplo de los Estados Unidos de América y de la Constitución de la Revolución francesa dio su impronta a este tipo y fijó el esquema de esta especie de Constituciones: sólo se considerarían Constituciones liberales, dignas del nombre de «Constitución», aquellas que contuvieran algunas garantías —ya a discutir— de la libertad burguesa.

En el Derecho constitucional comparativo de Esmein, por ejemplo, se tratan sólo «Constituciones liberales». Estas son para él de Inglaterra, de Estados Unidos de América y de Francia, así como las influidas por ellas y correspondientes a su tipo. Las Constituciones de la Monarquía constitucional alemana y la del Imperio alemán de 1871 no son estudiadas, por no ser Constituciones liberales de ese tipo. Por el contrario, la Constitución de Weimar de 1919 es tenida en cuenta en las nuevas ediciones (desde 1921).

Son garantías constitucionales de la libertad burguesa: reconocimiento de los derechos fundamentales, división de poderes y, al menos, una participación del pueblo en el poder legislativo mediante una Representación popular. Después vienen otras exigencias, según la situación política; por ejemplo, en el siglo XIX, la exigencia de un Gobierno parlamentario, caracterizado como Gobierno libre, *free government*, a causa de la cual fue considerada como Gobierno liberal la Monarquía constitucional en Alemania, que carecía de Gobierno parlamentario —mientras que el Gobierno no-parlamentario de los Estados Unidos de América pasaba, a pesar de ello, por Gobierno liberal.

2. *Constitución* = a la llamada *división* (mejor dicho, *distinción) de poderes*. La llamada división de poderes, que después (§ 15, pág. 186) discutiremos, con su distinción entre Legislación, Administración y Justicia, es considerada desde el siglo XVIII, en un sentido especial, como contenido necesario de una Constitución liberal y auténtica. Contiene la garantía orgánica contra el abuso del poder del Estado. La proclamación de los derechos fundamentales significa sólo el establecimiento de un principio general de la libertad individual, pero no todavía la introducción orgánica mediante una estructura del Estado determinada por la meta de la libertad burguesa. Así se explica que la «división de poderes» llegara a ser una característica de la Constitución. Allí donde no se ha introducido o donde se ha suprimido, domina *eo ipso*, según esta concepción, el despotismo, el absolutismo, la dictadura —denominaciones que no son simples frases políticas, sino que han recibido su sentido político por un contraste: designan la negación del principio orgánico de la distinción entre Legislativo, Ejecutivo y Justicia.

Así, dice el tan citado art. 16 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre, de 1789 (según el modelo de Constituciones norteamericanas, por ejemplo, Massachusetts y Newhampshire): «Toda sociedad donde no está asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, *no tiene Constitución.*» (Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, *n'a pas de Constitution.)* Igual es la concepción de la Filosofía del Estado del idealismo alemán, sobre todo de Kant y Hegel (comp. después, § 12, página 138). Para la Constitución de Weimar es importante el que también Hugo Preuss participa de esta concepción y habiendo adoptado para sus primeros proyectos del texto la posición, que también sostuvo en principio en las amplias deliberaciones, de que la *organización* del Poder del Estado era más importante para la garantía de la libertad burguesa —el criterio decisivo también para él— que la proclamación de derechos fundamentales y de libertad.

3. *Constitución = Constitución escrita* (documento constitucional).— La exigencia política de una Constitución escrita llevaba a una equiparación: Constitución = Constitución escrita, que, como antes (§ 2, pág. 38), se expuso, es, primero, un *pacto* instrumentado (entre Príncipe y Estamentos o Representación popular); después, una *ley* constitucional escrita. También estas expresiones se explican por la situación política. En la Edad Media se fijaron por escrito convenios entre el Príncipe y sus vasallos o Estamentos, que se denominaban «cartas», y de los que constituye el ejemplo más famoso la «Magna Charta» de 1215. Pero estas cartas eran de hecho convenciones bilaterales, llamadas *Stabilimenta*, entre ambas partes, afianzamiento de privilegios a los vasallos o estamentos, y por cierto mediante contraprestaciones de su parte —por tanto, como dice atinadamente Bernatzik, una relación de utilidad recíproca— *ein «selbstnütziges Verhältnis»*. Por consecuencia, ahí se da algo distinto en esencia a una Constitución moderna en el sentido de una decisión política total. El primer ejemplo de una moderna Constitución escrita es el «Instrument of Government» de Cromwell, del año 1653. El mismo Cromwell se manifestó acerca de la finalidad de este instrumento: había de dar una regla permanente, inviolable frente a las cambiantes resoluciones mayoritarias del Parlamento; en todo Gobierno necesitaba haber algo de fundamental, algo como una gran Carta que fuera permanente e invariable. La equívoca palabra «fundamental» recibe aquí el sentido de: absolutamente invulnerable. El que un Parlamento, por ejemplo, nunca pueda declararse corporación permanente es para él uno de tales principios fundamentales. Si el Legislador, esto es, el Parlamento, pudiera cambiarlo, ya no habría seguridad, etc. Los afanes de Cromwell quedaron malogrados. La práctica moderna de las Constituciones escritas comienza, pues, cuando, al separarse de Inglaterra sus colonias de Norteamérica, declarándose Estados independientes, formularon por escrito sus Constituciones. Un «Congreso» invitó a todos los Estados, en 1776, a hacerlo así. Desde la Revolución francesa de 1789 y la primera moderna Constitución escrita del continente europeo, la Constitución francesa de 1791, vienen, por regla general, en la fundación de Estados y después de revoluciones, Constituciones con un contenido típico,

cuyo esquema se ha correspondido hasta ahora casi siempre con el esquema fundamental del Estado burgués de Derecho con derechos fundamentales y división de poderes, que más adelante (§ 12, pág. 138) habremos de discutir. También lo sigue aún la Constitución de Weimar. La Constitución de la República de los Soviets de 11 de julio de 1918 ha renunciado a este esquema del Estado burgués de Derecho y establecido un nuevo tipo de Constituciones, la Constitución socialista soviética.

III. El concepto ideal todavía hoy dominante de Constitución es el ideal de Constitución del Estado burgués de Derecho. Si se prescinde de la Rusia bolchevista y de la Italia fascista, puede decirse que ese concepto ideal está todavía en vigor en la mayor parte de los Estados del mundo. La particularidad de su ideal de Constitución consiste en que con él se adopta una organización del Estado desde un punto de vista crítico y negativo frente al poder del Estado —protección del ciudadano contra el *abuso* del poder del Estado—. Los medios y métodos del control sobre el Estado se organizan más que el propio Estado; se crean seguridades contra ataques estatales, y se trata de introducir frenos en el ejercicio del poder público. Una Constitución que no contuviera otra cosa que esas seguridades propias del Estado burgués de Derecho no podría concebirse, pues el Estado mismo, la unidad política, lo que ha de ser controlado, necesita existir de antemano o ser organizado al mismo tiempo. La tendencia del Estado burgués de Derecho va en el sentido de desplazar lo político, limitar en una serie de normaciones todas las manifestaciones de la vida del Estado y transformar toda la actividad del Estado en *competencias, limitadas* en principio, rigurosamente circunscritas. De aquí resulta ya que lo característico del Estado burgués de Derecho sólo puede integrar una parte de la total Constitución del Estado, mientras que la otra parte contiene la decisión positiva acerca de la forma de la existencia política. Las Constituciones de los actuales Estados burgueses están, pues, compuestas de dos elementos: de un lado, los principios del Estado de Derecho para la protección de la libertad burguesa *frente* al Estado; de otro, el elemento político del que ha de deducirse la *forma de gobierno* (Monarquía, Aristocracia o Democracia, o un *status mixtus)* propiamente dicha. En la reunión de estos dos elementos reside la particularidad de las actuales Constituciones del Estado burgués de Derecho. Esta duplicidad fija su estructura total y lleva a una duplicación correspondiente de conceptos centrales, como el concepto de *ley*. La exposición que seguirá del esquema fundamental de la Constitución moderna (§ 12, pág. 138) y de la relación de la forma de gobierno con la condición de Estado de Derecho (§ 16, pág. 201) contiene sus líneas básicas y su construcción.

§ 5

LA SIGNIFICACION DE LA PALABRA «LEY FUNDAMENTAL», NORMA FUNDAMENTAL O «LEX FUNDAMENTALIS»

(Ojeada panorámica)

I. *Ojeada.*

1. En un sentido general, no preciso, se llaman «leyes fundamentales» todas las leyes o disposiciones que parecen de singular importancia política a las personas o grupos políticamente influyentes en un momento dado.

Así, se llamaron leyes fundamentales *(leges fundamentales)* las numerosas disposiciones, capitulaciones y privilegios de los Estamentos alemanes frente al Emperador —comp., más adelante, pág. 69—. El pensamiento de la unidad política se disuelve y el concepto de ley fundamental se hace de este modo pluralista y relativo.

2. Ley fundamental = una norma *absolutamente inviolable,* que no puede ser, ni reformada, ni quebrantada.

Comp. la manifestación de Cromwell, antes, pág. 61.

3. Ley fundamental = toda norma *relativamente invulnerable,* que sólo puede ser reformada o quebrantada bajo supuestos dificultados (antes, pág. 43).

4. Ley fundamental = el último *principio unitario* de la *unidad política* y de la *ordenación de conjunto.* Aquí se expresa el concepto absoluto de Constitución (antes, pág. 30).

5. Ley fundamental = cualquier *principio particular* de la organización estatal (derechos fundamentales, división de poderes; principio monárquico, el llamado principio representativo, etc.).

6. Ley fundamental = la *norma* última para un sistema de imputaciones normativas. Aquí se destaca el carácter normativo, y en ley fundamental se acentúa ante todo el elemento «ley» (antes, pág. 33).

7. Ley fundamental = toda regulación orgánica de competencia y procedimiento para las actividades estatales políticamente más importantes; y también, en una Federación, la delimitación de los derechos de ésta respecto de los de los Estados miembros.

8. Ley fundamental = toda limitación normada de las facultades o actividades estatales.

9. Ley fundamental = Constitución en sentido positivo, de donde la llamada ley fundamental no tiene por contenido esencial una normación legal, sino la *decisión política* (antes, pág. 45).

II. Estas distintas significaciones se enlazan casi siempre en modos diversos, según se acentúe uno u otro aspecto —inviolabilidad, unidad, ordenación de carácter principal, función limitadora, etc.—, y se le coloque en el primer plano. En general, puede decirse que el concepto se relativiza y pluraliza tan pronto como se disuelve la conciencia de la *existencia* política, mientras que se hace presente el pensamiento de la *Unidad* cuando esta conciencia vuelve a avivarse. Por lo demás, las distintas significaciones se suelen emplear unas junto a otras con superficialidad confusionaria.

Así, un conocidísimo Tratado del siglo XVIII —Vattel: *Droit des gens,* cap. III, § 27— contesta al tema ¿qué es una Constitución? con las siguientes frases: Constitución es «la ordenación fundamental que determina el modo y manera en que debe ser ejercida la autoridad pública» (lo que, en parte, sería función ordenadora, y en parte, limitadora). «En ella se hace visible la forma bajo la cual actúa la Nación como cuerpo político» (aquí el pensamiento de la *unidad* política representada); «cómo y por quién debe ser regido un pueblo, cuáles son los derechos y deberes de los gobernantes» (aquí otra vez la significación, en parte, *orgánica;* en parte, *limitadora,* de la Constitución). «En el fondo, la Constitución no es otra cosa que la determinación de la *ordenación* en que una Nación se propone alcanzar en comunidad los fines y ventajas de la sociedad política *(société politique)*», etc. En el siglo XIX la determinación conceptual de Constitución se dificulta aún más por haberse complicado en el concepto de Constitución el concepto ideal del Estado burgués de Derecho (antes, § 4, pág. 59). Pero, aun con independencia de esta compilación, son extraordinariamente grandes las dificultades que una clara distinción encuentra en el camino. Citemos como ejemplo la «definición de las leyes fundamentales de la Federación» que, como apéndice, se propuso en la Federación alemana con respecto al art. 13 del Acta federal. La Comisión redactora hizo notar en su disertación (protocolo de la sesión 22, de 16 de abril de 1820) que el concepto de una ley fundamental es «uno de esos conceptos sencillos que antes se oscurecen que aclaran y fijan con las definiciones». Pero en 1819 había propuesto una Comisión de la Federación, creada para la fijación técnica de este concepto: 1. *Leyes fundamentales* de la Confederación germánica son aquellas prescripciones convencionales que afecten a la fundación de la Federación, a la unión de sus miembros, a la fijación de su finalidad, así como la de la totalidad, a la participación de los distintos miembros de la Federación en su ejercicio... Con estas prescripciones convencionales se formará la *Constitución* federal» (hay que distinguir,

pues, las leyes fundamentales —¡plural!— de la Constitución). 2. Las prescripciones sobre instituciones *orgánicas,* «orgánicas», porque mediante ellas recibe el cuerpo federal, por decirlo así, los instrumentos; «los acuerdos que para ese fin adopta la Federación como *normas generales permanentes,* pueden ser incluidos con razón entre las leyes fundamentales». 3. Las restantes leyes federales se fijan sólo por modo negativo: *no* son leyes fundamentales (Klüber: *Oeffentliches Recht des Teutschen Bundes,* 3.ª edición, 1831, pág. 60). Esta determinación conceptual contiene, en todo caso, algunos de los distintos puntos de vista a distinguir para un esclarecimiento de los conceptos ley fundamental y Constitución. Por lo demás, contribuye de seguro la condición equívoca de la palabra «fundamental» en combinaciones como «norma fundamental», etc., al gusto por tales expresiones; algo análogo se repite en derechos «fundamentales» —después, § 14, pág. 164.

En las luchas constitucionales del siglo XIX cambia el concepto de Constitución con la situación política y de intereses de los partidos beligerantes. En general, se introduce aquí la equiparación de Constitución y limitación del Estado mediante los principios del Estado burgués de Derecho, según se ha compulsado antes en el § 4, y todavía habremos de ver en el curso ulterior de esta investigación, sobre todo en la parte segunda (págs. 201 y sigs.). A esto sigue la disolución y relativización de la Constitución en ley constitucional, que todavía parece dominar hoy en Alemania.

III. En las exposiciones que siguen, la palabra Constitución se emplea en el sentido del concepto *positivo* de Constitución antes desarrollado. Sobre todo, se distingue siempre con rigor entre Constitución y Ley constitucional.

§ 6
NACIMIENTO DE LA CONSTITUCION

I. *Una Constitución nace, o mediante decisión política unilateral del sujeto del Poder constituyente, o mediante convención plurilateral de varios de tales sujetos.*

Una Constitución, en el sentido de un *Status* idéntico a la situación total del Estado, nace naturalmente con el Estado mismo. Ni es emitida ni convenida, sino que es igual al Estado concreto en su unidad política y ordenación social. Constitución en sentido positivo significa un acto consciente de configuración de esta unidad política, mediante el cual la unidad recibe su forma especial de existencia. Si varias unidades políticas y sujetos independientes del Poder constituyente adoptan en común, por sí mismos, una tal decisión, que fija un *Status* político y, por cierto, en concurrencia, entonces hay una Constitución pactada o una Constitución convenida. (Ambas palabras, pacto y convención *(Vereinbarung)*, quedan aquí sin diferenciar, si bien no cabe desconocer la singularidad que Binding y Triepel han dado del concepto de convención [convención como fusión de distintas voluntades de contenido igual].)

II. Ojeada histórica sobre el nacimiento de las modernas Constituciones europeas.

1. La situación política de la última parte de la Edad Media (del siglo XIII al XVI) es designada con frecuencia como «Estado de estamentos». La unidad política como tal, se había hecho problemática en la realidad y en la conciencia. La vieja constitución feudal militar se había disuelto, haciéndose independientes en gran medida los vasallos. Allí donde se formaban concentraciones estamentales (alta nobleza, baja nobleza, clero, burguesía de las ciudades), se basaban en pactos jurados de los miembros. Estos estamentos concluían pactos de múltiples clases, entre sí, y con el señor del país, pero también con príncipes extranjeros. Sus pactos con el

príncipe del país afectaban a la garantía de privilegios, limitaciones del poder del príncipe, e incluso con frecuencia, al derecho de resistencia armada. No pueden designarse como Constituciones de un Estado estas innumerables estipulaciones, de la misma manera que sería erróneo trasladar los conceptos del moderno Derecho político a tales relaciones medievales. El objeto propio de las Constituciones modernas, modo y forma de existencia de la *unidad* política, no era el objeto de esas estipulaciones. Con referencia al «Estado» de estamentos, no podría hablarse, ni de un Estado monista, ni de uno dualista o pluralista; a lo sumo, de un conglomerado de derechos bien adquiridos y privilegios. En numerosas cartas, capitulaciones, etc., se «afianzaban» numerosos intereses particulares. La totalidad aparece como el proceso de disolución de una unidad política antes existente. La unidad política está supuesta aún, sólo en tanto en cuanto que es ella lo que se disuelve, y a cuya costa participan en el botín grupos y organizaciones estamentales. Las estipulaciones no fundan, pues, ninguna unidad política ni contienen tampoco la decisión total sobre el modo y forma de la unidad política. Pero los esfuerzos constitucionales del siglo XIX podían anudarse con ellos, porque limitaban y controlaban el ejercicio del poder del príncipe, siendo así posible que en las luchas constitucionales del siglo XIX no sólo hablaran de «Constituciones estamentales» los Gobiernos monárquicos, sino que también la burguesía —sobre todo, en los pequeños Estados alemanes— tomara como punto de referencia frecuentemente tales estipulaciones estamentales y viera en ellos el modelo de una Constitución.

En especial, la *Magna Carta* inglesa de 15 de julio de 1215 suele designarse como modelo y origen de las modernas Constituciones liberales. El desarrollo del Derecho político de Inglaterra tomó un curso peculiar, porque los señores feudales y estamentos de la Edad Media (alta nobleza, caballeros y burguesía inglesa) y su representación (la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes) pasaron en un proceso lento e insensible a las condiciones propias del Estado moderno. El Parlamento inglés apareció en la lucha contra el Rey como el sujeto de la unidad nacional, es decir, *política,* mientras que en otros países europeos era el Príncipe absoluto quien realizaba la unidad política en lucha contra los estamentos medievales. En Inglaterra podían transferirse, no mediando una aguda distinción, ideas e instituciones medievales a las modernas instituciones del Estado. Pero, aparte esto, la Magna Carta de 1215 es, en su consideración histórica, no más que uno de los muchos ejemplos de estipulaciones medievales entre Príncipe y señores feudales. Es un *stabilimentum* entre el Rey Juan y sus Barones, fijado en un documento probatorio (Carta). Su naturaleza jurídica ha sido entendida de muy distintas maneras. Se la ha designado como una *ley,* porque fue dada por el *Rey,* y tenía la forma de una concesión real; o como *contrato* de Derecho público, en la forma de concesión real (Stubbs: *Const. Hist.,* I, pág. 569), o también como *contrato* de Derecho privado (Boutmy: *Études,* pág. 40); según Anson, es ¡tanto una *Ley constitucional* como una *Declaración de Derechos,* como un *pacto* entre Príncipe y pueblo! Pero como ha mostrado William Sharp McKechnic *(Magna Carta,* 2.ª ed., Glasgow, 1914, págs. 104 y sigs), es inexacto aplicar a relaciones medievales cualquiera de estas distinciones del moderno Derecho político. La Magna Carta es para McKechnic un *Stabilimentum,* es decir, un acuerdo o estipulación sin ningún preciso sentido de Derecho político. El que se encuentre escrita no demuestra nada

en favor de una Constitución, así como tampoco algunos giros de aparente generalidad principal. El nombre «Magna Carta» no se explica históricamente porque contenga una ley fundamental en el sentido de las Constituciones modernas o de los modernos derechos fundamentales, sino por contraste con una «*Parva* Carta» o «Carta foresta» de 1217 relativa a derechos de caza; el nombre originario es «Carta *libertatum*» o «Carta *Baronum*». Sólo siglos más tarde, desde el XVII, por la lucha del Parlamento inglés contra el absolutismo de los Estuardos, se le dio el sentido moderno, haciéndola origen de una Constitución liberal. Pero sería un error histórico ver en ella, aunque sólo fuera por aproximación, algo análogo a una Constitución moderna liberal o democrática. Si se garantiza en esa Magna Carta a todo «hombre libre» *(freeman)* ciertos derechos protegidos contra el abuso del poder real, eso es muy otra cosa que una moderna Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano. «Hombre libre» era entonces sólo el Barón; sólo él pasaba por *homo liber* o, incluso, sólo como *homo* (McKechnie, pág. 115). Así, pues, la Magna Carta históricamente no es más que un convenio de una aristocracia feudal con un señor territorial, al que renueva su homenaje como contraprestación por los derechos garantizados. La eficacia política del modelo de esta Magna Carta descansa en una idea legendaria que ciertos partidos se formaron de ella. La Carta tiene como contenido en 63 capítulos, limitaciones de la supremacía feudal del Rey, limitaciones de su supremacía judicial (ningún hombre libre puede ser hecho preso o detenido, sino por un Tribunal legal de personas de su clase o según el Derecho del país), límites del derecho de impuesto, y, sobre todo, establecimiento de un Comité de resistencia para el caso de que estas prescripciones no fueran mantenidas (comp. Gneist: *Englische Verfassungsgeschichte,* pág. 240; Richard Schmidt: *Allgemeine Staatslehre,* II, 1903, págs. 490 y sigs.).

La Declaración de derechos de 1688 *(Bill of Rights)* es, por la forma, una fijación contractual entre el Príncipe de Orange llamado al trono por el Parlamento inglés, y este Parlamento. Pero el Parlamento aparece aquí como representante de la unidad política de Inglaterra. La Declaración contiene 13 preceptos contra el abuso del poder real (la no suspensión de leyes por el Rey, el no empleo de la prerrogativa real para el levantamiento de imposiciones financieras, derecho de petición de los súbditos, el no mantenimiento de ejército sin asentimiento del Parlamento, derecho de los súbditos protestantes a llevar armas, libre elección de los miembros del Parlamento, libertad de discusión y discurso en el Parlamento; comp. Gneist, ob. cit., págs. 614 y sigs.). Aquí puede hablarse ya de determinaciones legal-constitucionales en sentido moderno, porque aquí está clara ya la idea de la unidad política y la estipulación entre Parlamento y Rey no constituye la unidad, sino que la supone en cuanto que el Parlamento actúa como representante de la unidad.

2. En la mayor parte de los Estados de Europa, la unidad política fue obra del Absolutismo monárquico. En el Imperio, sin embargo, siguieron arrastrando hasta el final de este Imperio, 1806, situaciones medievales; junto a ellas se formaban en el territorio del Imperio nuevas unidades políticas, Estados como Prusia, Baviera, Württemberg, Sajonia. Como totalidad, el Imperio era todavía en el siglo XVIII un compuesto heterogéneo de formaciones políticas en desarrollo y jirones políticos. Hegel formuló esta situación de manera perfecta en su escrito de juventud *Die Verfassung Deutschlands* (1802): «El edificio estatal alemán no es otra cosa que la suma de los derechos que las distintas partes han desprendido del todo»; su «Constitución» y «Justicia» consiste en que se «cuida atentamente de

que no quede ningún poder al Estado» *(Hegels Schriften zur Politik,* ed. de Lasson, págs. 13-14). Desde el siglo XVII se discutió la cuestión de si este notable conglomerado era una *mezcla* de formas de gobierno (Monarquía limitada y Aristocracia), un *status mixtus* o un *sistema* de Estados, es decir, una formación federalista. La única respuesta posible, intelectualmente honesta, la dio Pufendorf (en el célebre escrito *De Statu Imperii Germanici,* publicado bajo el nombre de *Severinus de Monzambano,* 1667, cap. VI, § 9, ed. de Fritz Salomon, 1910, pág. 126), que esta formación es una anormalidad y semejante a un monstruo. Para una consideración normativa, era un caso ideal de Estado de Derecho sobre el fundamento del precepto *pacta sunt servanda.* La Constitución consistía en numerosas estipulaciones, pactos de privilegios, capitulaciones, etc., protegidos en forma jurisdiccional mediante imperceptibles posibilidades procesales. El más distinguido y políticamente poderoso estamento del Imperio, los Príncipes electores, renovaban y aumentaban estos derechos en cada nueva elección del Emperador mediante nuevas capitulaciones electorales. Desde el siglo XVII se designaron estos pactos electorales y condiciones electorales fijadas por escrito como *leyes fundamentales* [1]. Incluso el ejercicio de las altas atribuciones políticas, como la declaración de exclusión de la comunidad de un Príncipe o cualquiera otro de los estamentos como condición previa para una ejecución, terminó por ser enlazado a un procedimiento procesal y a la anuencia de los demás estamentos. Ni siquiera en caso notorio de ruptura de la paz interior y resistencia abierta, podía el Emperador sin «consentimiento» de los Príncipes electores declarar fuera de la comunidad a un estamento del Imperio. Lo monstruoso de esta situación consiste, como declara con razón Pufendorf, en que el Emperador no puede imponer nada a los estamentos contra su voluntad, pero, en cambio, estos estamentos pueden obtener y afianzar en «leyes fundamentales» cualquier ventaja para sí propios contra la voluntad del Emperador y a costa del Imperio.

La última posibilidad de crear con el Imperio alemán una unidad política existencial de base nacional fue anulada con el fin de Wallenstein (1634). Wallenstein había reunido ya en 1630 la enemistad de los Príncipes electores y estamentos. El mismo Emperador estaba por motivos confesionales y legitimistas del lado de los estamentos, y no podía comprender por eso una concesión de la tolerancia religiosa, que hubiera sido condición previa de la unión estatal de Alemania, según la pensara Wallenstein. En las capitulaciones electorales de Fernando III, de 24 de diciembre de 1636, se documenta le definitiva victoria de los intereses particulares de los estamentos sobre el Emperador: ni aun en el caso de la «necesidad más extrema» estaba autorizado el Emperador a levantar impuestos sin al menos consultar antes a los Príncipes elec-

[1] Según G. Jellinek: *Allgem. Staatslehre,* pág. 495, el Derecho político del Imperio alemán conoce el concepto de ley fundamental *(lex fundamentalis)* desde la paz de Westfalia. Sin embargo, la palabra aparece más temprano en la literatura jurídicopolítica y designa la Bula de Oro de 1356, las Capitulaciones electorales de los Príncipes electores con el Emperador y las recesas *(interregnos)* del Reichstag, por ejemplo, Arrumaeus: *Discursus academici de iure publico,* Jena, 1616, pág. 65, 1.007, discurso XXXIII.

tores; aun en el caso de notoria ruptura de la paz era exigible un proceso para declarar fuera de la comunidad y hacer posible la ejecución; aun en el caso de extrema necesidad *(in extremo necessitatis casu)* tiene que oír el Emperador a los Príncipes electores (comp. Carl Schmitt: *Die Diktatur,* págs. 95-6).

3. En el continente europeo, en España, Francia y en los Estados territoriales alemanes, se desarrolla el Estado moderno al hacerse «absoluto» el príncipe, es decir, mediante la supresión de los bien ganados derechos feudales y estamentales y el quebrantamiento y aniquilación del principio de la *legitimidad del status quo* en que descansa aquella situación feudal. Las formaciones políticas así surgidas eran Monarquías absolutas. Consiste lo «absoluto» en que el príncipe es *legibus solutus,* es decir, que está autorizado y en condiciones de despreciar, por razones políticas, sobre las que sólo él decide, las pretensiones legítimas de los estamentos y los privilegios y convenios existentes. La palabra «Estado» designa con singular acierto la particularidad de esta moderna formación política, porque ofrece la conexión verbal y mental con la palabra *status.* Pues el *status* amplio de la unidad política relativiza y absorbe todas las otras relaciones estatuales, en particular, estamentos e Iglesia. El Estado, como es, el *Status político,* se convierte así en el *Status* en sentido absoluto. Este Estado moderno es soberano; su poder, indivisible. Cualidades como la de su clausura e impermeabilidad se deducen de la esencia de su unidad política. El concepto de soberanía, sobre todo, tenía una gran función en la Historia universal: la de superar la legitimidad del *status quo* (feudal y estamental) de entonces.

La primera exposición del moderno Derecho político, los *Seis libros de la República,* de Bodinus (1577), muestra con claridad este punto decisivo. Quien tiene el poder supremo es soberano, no como funcionario o comisario, sino permanentemente y por derecho propio: por virtud de su propia existencia; está ligado al Derecho divino y natural, pero no se trata de esto con la cuestión de la soberanía, sino de si el legítimo *status quo* debe ser un obstáculo insuperable para sus decisiones políticas, si alguien puede pedirle cuentas y quién decide en caso de conflicto. El soberano puede, cuando lo exijan tiempo, lugar y singularidades concretas, cambiar y quebrantar leyes. Así revela justamente su soberanía. Siempre son ideas como: anulación, casación, vulneración, dispensa, supresión de leyes y derechos existentes, las de que habla Bodinus en el capítulo sobre la soberanía (cap. 8, lib. I). En el siglo XVII este esencial punto de vista es llevado a claridad sistemática con Hobbes y Pufendorf: la cuestión a que se llega es siempre: *quis iudicabit:* acerca de lo que exige el bienestar público y la utilidad común decide el soberano; en qué consiste el interés del Estado, cuándo es exigible una vulneración o abolición del Derecho existente, son cuestiones todas que no pueden ser fijadas normativamente; reciben su contenido concreto sólo mediante una decisión concreta de la instancia soberana.

4. En la *Revolución francesa de 1789* surge la Constitución moderna, mixta de elementos liberales y democráticos. Su supuesto mental es la teoría del Poder constituyente. La Teoría del Estado de la Revolución francesa pasa a ser así una fuente capital, no sólo para la dogmática política de todo el tiempo siguiente (v. Egon Zweig, *Die Lehre vom pouvoir constituant,*

página V), sino también para la construcción jurídica de carácter positivo de la moderna Teoría de la Constitución. El poder constituyente presupone el Pueblo como una entidad política existencial; la palabra «Nación» designa en sentido expresivo un Pueblo capaz de actuar, despierto a la conciencia política. Históricamente, puede decirse que esta idea de la unidad política y de la nacionalidad surgió en el continente europeo como consecuencia de la sistematización política de la Monarquía absoluta, mientras que en Inglaterra era facilitado el continuo proceso desde una estructura medieval hasta la unidad nacional por el hecho de que «la condición insular suplía a una Constitución». En Francia, por el contrario, modelo clásico del moderno Estado europeo, se entendió primero teoréticamente el concepto de Nación en su significación de Derecho político. Sin embargo, hay que separar en la Revolución francesa de 1789 dos fenómenos y sistemas de ideas, distintos desde el punto de vista de la Teoría de la Constitución. Por lo pronto, el pueblo francés se constituye como sujeto del Poder constituyente; se hace consciente de su capacidad política de actuar, y se da a sí mismo una Constitución bajo el supuesto, expresamente afirmado así, de su unidad política y capacidad de obrar. El acontecimiento fue tan eficaz y activo porque ahí la decisión política fundamental consistió en hacerse *consciente* de su condición de sujeto capaz de actuar, y en fijar con autonomía su destino político. El pueblo francés se constituye a sí mismo en cierto sentido. Al darse una Constitución realiza el acto más amplio de la decisión acerca de un modo y forma particular de existencia. El pueblo se convierte en Nación, o, lo que es igual, se hace consciente de su existencia política. Pero esto no significa que antes no existiera, ni que funde tampoco su Estado mediante la consciente intuición de su Poder constituyente. El Ser político precede al momento constituyente. Lo que no existe políticamente, tampoco puede decidir de modo consciente. Con este acontecimiento fundamental en que un Pueblo obraba con consciencia política, se daba ya por supuesta la existencia política, y hay que distinguir el acto por el que el pueblo se da a sí mismo una Constitución, de la fundación del Estado mismo.

La segunda significación de la Revolución francesa consiste en que condujo a una Constitución del Estado burgués de Derecho, esto es, limitadora y controladora del ejercicio del poder del Estado, dando así al Estado francés un nuevo modo de ser políticamente. Cuando la Nación como sujeto del Poder constituyente se enfrenta con el Monarca absoluto y suprime su absolutismo, se coloca en su puesto de la misma absoluta manera. Lo absoluto queda subsistiendo con invariable, incluso con incrementado vigor, porque ahora el pueblo se identifica políticamente consigo mismo en su Estado. El vigor *político* de este acontecimiento condujo a un aumento del poder del Estado, a la más intensa unidad e indivisibilidad, *unité* e *indivisibilité*. Si, por contra, debe regularse, dividirse y limitarse el ejercicio del poder del Estado, esta «*división* de poderes» significa una supresión y abolición de todo absolutismo político, sea ejercido por un Monarca absoluto, o por la Nación absoluta, despierta a la consciencia política. La magnitud

política de la Revolución francesa estriba en que, a pesar de todos los principios liberales y del Estado de Derecho, en ningún momento cesa de ser punto de partida decisivo el pensamiento de la unidad política del pueblo francés. Queda fuera de duda que todas las distinciones, divisiones, frenos y controles del poder del Estado se mueven siempre dentro del marco de la unidad política. Con esto queda también fuera de duda el carácter relativo de todas las leyes constitucionales. La Constitución no era un pacto entre príncipe y pueblo o entre cualesquiera organizaciones estamentales, sino una decisión política adoptada por la *Nación,* una e indivisible, para fijar su propio destino. Toda Constitución presupone esta unidad.

5. En la época de la *Restauración monárquica* (1815-1830) se intentó resucitar las ideas medievales de un pacto cerrado entre Príncipe y Estamentos, de una *Charte.* En algunas partes de Alemania seguían en vida aún ideas y situaciones medievales. Especialmente en Estados medios y pequeños, no se distinguía entre aquellos fenómenos de estipulaciones feudales y estamentales y un acto del Poder constituyente. En todo caso, la teoría y la práctica contrarrevolucionarias intentó servirse de ideas medievales para sustraerse a las consecuencias democráticas de la unidad nacional.

El acta federal vienesa de la Confederación germánica de 1815 determinó en el artículo 13 que en todos los Estados de la Confederación germánica «habría Constituciones estamentales». La Constitución *estamental* se contraponía aquí, en sentido medioeval, al pensamiento moderno de la *representación* de la unidad nacional del Estado, siendo utilizada como concepto opuesto a una representación nacional electiva, representante de *todo* el pueblo. Las Constituciones que correspondieron a esa prescripción del Acta federal se designan a veces como pactos o convenios. Así, la Constitución de Sajonia-Weimar-Eisenach (Carlos Augusto), de 5 de mayo de 1816, es concebida como «pacto entre Príncipes y súbditos»; según el artículo 123, sólo son posibles las reformas por pacto común entre Príncipe y Estamentos, etc. Otros ejemplos (Württemberg, 1819; Sajonia, 1831), después, pág. 83, donde se trata de la significación de tales «pactos» para la teoría de la Constitución.

La contradicción interna de tales intentos de Restauración monárquica consiste en lo siguiente: en primer término, los príncipes no podían pensar en renunciar a la unidad política del Estado a favor de representaciones de intereses estamentales. No podían llevar consecuentemente hasta su fin un concepto como «Estamentos» y la construcción disolvente de un pacto constitucional con esos Estamentos. Las representaciones «estamentales» no podían tener, pues, ninguna facultad de decisión. Pero si habían de significar algo para la Constitución, tenían que ser representantes políticos (no representantes de intereses estamentales). Sin embargo, los príncipes no podían reconocer a esos Estamentos como representantes de *todo* el Pueblo políticamente unificado, porque entonces habrían reconocido al Pueblo como unidad política con capacidad de obrar, al mismo tiempo que renunciaban al principio monárquico, según el cual, sólo el príncipe es el representante de esa unidad política, reuniendo en su mano la plenitud del poder del Estado. Ambos conceptos: un pacto constitucional cerrado con los «estamen-

tos» y el principio monárquico, resultaban inconciliables por completo. Consecuencia del principio monárquico era que el rey, por virtud de la plenitud de su poder, *emitía* una Constitución, es decir, adoptaba la decisión política fundamental en que la Constitución consistía, por acto unilateral, como sujeto del Poder constituyente, pero sin soltar con ello este Poder constituyente. La Constitución no era, pues, un pacto, sino una *Ley* emitida por el rey. Todas las normaciones legal-constitucionales de este texto afectaban sólo a atribuciones *limitadas* en principio, sólo a *competencias,* mientras que la «plenitud del poder del Estado», ilimitada e ilimitable en principio, inseparable de la unidad política, permanecía, a pesar de la Constitución, en manos del rey, cuando no la renunciaba a favor del Parlamento. En las monarquías políticamente fuertes las Constituciones «constitucionales» surgieron sobre la base de ese principio monárquico. No eran pactadas con la Representación popular, sino otorgadas. Pero, incluso allí donde fueron «pactadas», no había de ceder, en modo alguno, el principio monárquico, al menos en Alemania, por la cooperación de la representación popular en la fijación del texto de las leyes constitucionales, ni ser reconocido en modo alguno el principio democrático del Poder constituyente del pueblo (comp. después, § 7, II, pág. 84).

La *Charte* francesa de 4 de junio de 1814 es la muestra de una moderna Constitución monárquica emitida, esto es, otorgada, sobre la base del principio monárquico, es decir, del poder constituyente del Rey. Si se acepta la designación medioeval de *Charte,* es de manera característica por la situación de contradicción interna de esa Monarquía. Los pactos estamentales hubieran sido contrarios a la unidad política, una e indivisible, de Francia. En realidad, la *Charte* descansaba en el Poder constituyente del Rey, contrapuesto al Poder constituyente del pueblo.

6. En la revolución de julio del año 1830 se decidió en Francia la cuestión política de si era el Rey o el Pueblo el sujeto del Poder constituyente. La doctrina democrática del Poder constituyente del Pueblo se había introducido definitivamente. Los representantes del Estado liberal de Derecho intentaron eludir la alternativa: o soberanía y Poder constituyente del rey, o soberanía y Poder constituyente del pueblo, hablando de una «soberanía de la Constitución» (comp. antes, § 1, II, pág. 33). Con esto no se contestaba a la cuestión; se la soslayaba y velaba tras de la idea confusa de un Poder constituyente de la Constitución. Todas las Constituciones y leyes constitucionales francesas que siguen (1848, 1851, 1875) tienen como supuesto el Poder constituyente del Pueblo.

7. En *Alemania* la revolución del año 1848 condujo, en general, hacia la llamada Monarquía constitucional, esto es, a un «dualismo» (R. Mohl) de gobierno monárquico y de Representación popular, en que ambos —monarca y representación popular— actúan como representantes de la unidad política. Semejante dualismo sólo significaba que la decisión quedaba relegada. Dentro de cada unidad política sólo puede darse un sujeto del Poder constituyente. Por eso, resulta de aquí la alternativa: o bien, el príncipe emite una Constitución sobre la base del principio monárquico con la ple-

nitud del poder del Estado, o bien la Constitución descansa en un acto del Poder constituyente del Pueblo, es decir, en el principio democrático. Ambos principios, como fundamentalmente contrapuestos, no pueden ser mezclados. Un compromiso mediante el cual se aplace y relegue la decisión, es posible durante algún tiempo, claro está. Ambas partes, Príncipe y Representación popular, están de acuerdo en que la decisión debe ser suspendida. Pero un compromiso semejante no es por ello nunca un auténtico compromiso objetivo, sino el compromiso de fórmula dilatoria discutido antes (página 54). En realidad, y pese a todos los velos y elusiones, la Constitución se apoya, o en el principio monárquico, o en el democrático; o en el Poder constituyente del príncipe o en el del pueblo. El «dualismo» de estas Constituciones es insostenible. Todo auténtico conflicto abre el sencillo dilema de los principios político-formales que recíprocamente se excluyen.

Si una Constitución es emitida unilateralmente por el príncipe, si es «otorgada», descansa, sin duda, en el Poder constituyente del príncipe. Si se impide por razones políticas la forma del otorgamiento, y se pacta la Constitución entre Príncipe y Representación popular, entonces hay un compromiso dilatorio en tanto que el príncipe no renuncie expresamente a su Poder constituyente y reconozca en su lugar el fundamento democrático, el Poder constituyente del Pueblo. Naturalmente, en las Monarquías de Alemania, nunca ha tenido lugar un tal reconocimiento del principio democrático. De aquí resultaba una situación dualística intermedia. En teoría, se disimuló esto, por cuanto que había una correspondencia con las ideas democráticas, fingiendo una «soberanía de la Constitución» y soslayando así la cuestión política esencial acerca del Poder constituyente. En la práctica, en la realidad histórica y política, era posible esta situación de una decisión aplazada en tanto que la situación política interior y exterior seguía siendo uniforme y tranquila. En el momento crítico apareció el conflicto no resuelto y la necesidad de una decisión. Hubiera sido concebible que, a lo largo de un proceso lento, un principio desplazara al otro poco a poco y sin conflicto declarado, como había ocurrido en Inglaterra. Pero los Estados del continente europeo no se encontraban en la dichosa situación de una isla inatacable y enriquecida en medida inaudita por un gran territorio colonial.

La Monarquía constitucional subsistió en Alemania hasta noviembre de 1918. La situación política y económica favorable hacía posible el poner fuera de cuenta, como cosa no-interesante, aquella alternativa de decisión. Lo que no se hallaba en la «Constitución», se dejaba sin respuesta como «no-jurídico», al mismo tiempo que se hacía formalista y relativizaba la Constitución, convirtiéndola en *ley* constitucional, de la manera antes expuesta (§ 2, pág. 37). Eso pasaba por ser «positivismo», si bien, en realidad, desde el punto de vista de la Teoría constitucional, ello no sobrepasa el estadio de la época de Luis Felipe y sus doctrinarios liberales. Esta época es designada por un juez tan moderado como Lorenzo von Stein, como «la época del *constitucionalismo* en su más pura forma». Incluso *después* de la Revolución de 1918 trató de conservarse aún por un período la cáscara

vacía de esta especie de liberalismo en la «teoría normativa del Estado» de Kelsen. Ya no era la vieja fe en la «soberanía de la Razón», sino una posición llena de contradicciones: de una parte, la «Constitución» soberana; de otra parte, su relativización y disolución en distintas normaciones constitucionales reformables dentro de un cierto procedimiento. La Constitución de la Monarquía constitucional alemana contiene, ante todo, una delimitación jurídica del poder real y presenta el dualismo, típico de la Monarquía constitucional, de los dos representantes (Príncipe y Representación popular); pero el principio monárquico no fue abolido en Alemania. Aquellas atribuciones en que participa constitucionalmente la Representación popular son *limitadas* en principio; la Representación popular recibe ciertas *competencias* en el terreno de la legislación, mientras que, en lo demás, la «presunción» de competencia habla en favor del Monarca. La mejor formulación de la particularidad de esta Monarquía constitucional de estilo alemán se debe a Max von Seydel (*Über konstitutionelle und parlamentarische Regierung,* 1887, Disertaciones, pág. 140): «El Rey parlamentario no puede, cuando su Parlamento se niega a funcionar, remitirse a su poder»; por el contrario, el Monarca constitucional en Alemania «puede remitirse a su poder», si se presenta un conflicto serio, es decir, que afecte a la cuestión de la soberanía y del poder constituyente. El Monarca sigue siendo el sujeto de un poder *ilimitado* en principio, constituyente, y por eso no susceptible de ser comprendido dentro de una ley constitucional. Por cuanto que la cuestión alternativa de si era el Príncipe o el Pueblo quien tenía este poder constituyente no se había decidido a favor del Pueblo, había de permanecer ya, por eso mismo, en el Príncipe, en tanto que existiera su fuerza y autoridad política. Como en otros casos de suspensión de la decisión, también aquí permaneció en el anterior *status quo:* en el principio monárquico. Cuando se acentuaba entonces en la teoría del Estado que el Príncipe mismo sólo era un «órgano» del Estado, y que ni él ni el Pueblo, sino el Estado como «organismo», era soberano, esto se correspondía del modo más preciso, pese a la metáfora colectivista, con aquel método liberal que sortea la cuestión del sujeto del poder constituyente y del *representante* de la unidad política capaz de decidir, construyendo así un tercero, soberano —sea la «Constitución», que se establece a sí misma, que por sí misma y en sí misma es soberana, como caída del cielo, sea el «organismo» soberano. El resultado teórico era el mismo. Pero en la *práctica* jurídica y jurídico-política se mostraba sin más, en caso de conflicto, quién era el sujeto del poder del Estado y el representante de la unidad política capaz de decidir: el Rey.

En el conflicto prusiano entre Rey y Dieta, 1862 a 1866, el Gobierno del Rey adoptó el punto de vista de que, no habiendo previsto la Constitución el caso de una denegación del presupuesto por la Dieta, era un caso no regulado y por ello podía el Gobierno obrar con libertad; que la Constitución tenía aquí una «laguna» y el Rey podía reclamar a su favor la presunción de competencia no-delimitada. Tales «lagunas» son siempre posibles, y es de la esencia de un conflicto constitucional el que pueda plantearse con éxito la afirmación de «caso no previsto». Aquí se manifiesta con espe-

cial claridad el desamparo de toda clase de expresiones normativas de la «soberanía de la Constitución». El Gobierno del Rey estaba én lo cierto, no sólo desde el punto de vista político, sino también desde el de la Teoría del Estado, cuando, en el conflicto prusiano de 1862, sostenía que se trataba de una laguna de la Constitución. La opinión típica de los maestros alemanes de Derecho político (comp. Meyer-Anschütz, página 906) rechazaba la teoría bismarkiana, pero llegaba al resultado de que la cuestión no era jurídica. «*El Derecho político concluye aquí.*» ¡Las normas, pues, cuya significación y valor debía consistir en la decisión de casos de conflicto, no permitían obtener respuesta alguna! Queda así en pie: que el monarca, representante de la unidad política, podía en casos críticos, *primero,* encontrar una laguna en la Constitución, y *segundo,* decidir sobre cómo había de llenarse esa laguna. Las muchas sutilezas jurídico-políticas con que confundían esa sencilla situación de Derecho, han perdido hoy todo valor teórico y práctico. Sin embargo, es muy interesante históricamente el que concluyera el Derecho político de entonces allí donde comenzaban las cuestiones importantes y significativas del Derecho constitucional.

8. La Constitución de la Confederación de Alemania del Norte, de 26 de julio de 1867, daba por supuesta esta situación constitucional en los Estados federados (la pequeña singularidad de las tres ciudades hanseáticas no merece atención aquí), como también la Constitución del Imperio de 16 de abril de 1871. La homogeneidad correspondiente a toda Federación auténtica descansaba, primero, en la comunidad nacional del pueblo alemán; después, en la esencial igualdad de las situaciones constitucionales de los Estados-miembros de la Federación. La Constitución federal es un pacto constitucional de las unidades políticas, que se unen en una Federación. Pero, además de esto, es *pactada* también con una Representación popular, el Reichstag, surgida de elecciones generales. Sobre su construcción jurídica, comp. después, § 7, II, pág. 82.

9. Con la Revolución de 1918 se introduce prácticamente en Alemania la doctrina democrática del poder constituyente del pueblo. La teoría constitucional, sin embargo, permanece hoy todavía (1927) por completo dentro del círculo de ideas de la preguerra. El constitucionalismo liberal, que había sido afirmado como un método de evasión formalista frente al poder constituyente del Rey, ha sido proseguido, sólo por fuerza de la costumbre, en presencia de la democracia constitucional.

a) En el lapso de 10 de noviembre de 1918 a 6 de febrero de 1919 (reunión de la llamada Asamblea Nacional Constituyente) ejerció el *gobierno provisional* un «Consejo de Comisarios del Pueblo» de seis, y desde diciembre de 1918, cinco personas, bajo la vigilancia de los Consejos de trabajadores y soldados. Los Comités formados bajo el nombre de «Consejos de trabajadores y soldados» eran reconocidos como poseedores del poder político, y se mantuvieron hasta la reunión de una Asamblea elegida por todo el pueblo alemán con arreglo a preceptos democráticos para acordar las leyes constitucionales.

En la sentencia del Tribunal del Reich de 8 de julio de 1920 (*Gaceta del Trib. del Reich,* t. 100, pág. 26), se dice: Con arreglo al decurso histórico del lapso de 7 de noviembre de 1918 a 6 de febrero de 1919, «no puede desconocerse que ya en 10 de

noviembre de 1918 se había establecido un nuevo Gobierno del Reich que, sobre el cimiento local de los Consejos de trabajadores y soldados, tenía su cúspide en el Consejo de Comisarios del Pueblo. El establecimiento se logró por vías violentas, pero no encontró resistencia en el Poder anterior... Así, pues, el nuevo Gobierno se estableció sin lucha considerable, y se mantuvo inatacado en esta situación de poder, hasta que traspasó voluntariamente sus facultades en la Asamblea nacional». En la sentencia de 4 de abril de 1922 *(Gac. del Trib. del Reich,* t. 104, pág. 258) con referencia a *Trib. del Reich en materia penal,* t. 53, pág. 65; t. 54, págs. 149 y 152, deja indecisa la cuestión de «si Alemania formaba una República de Consejos en los primeros meses después de la revolución».

Este lapso de noviembre 1918 a febrero 1919 no puede ser considerado como si hubiera existido una nueva, especial Constitución del Reich alemán para tres meses, y el Reich alemán hubiera tenido, de 9 de noviembre 1918 a 11 de agosto 1919, tres o acaso cuatro Constituciones: la monárquica del primitivo Imperio, hasta 9 noviembre 1919; después, una República de Consejos; después, la Constitución democrática provisional de la Asamblea Nacional de Weimar de 11 de agosto 1919. Más bien existió en aquellos tres meses, hasta 6 de febrero 1919, un Gobierno provisional en el sentido del Derecho constitucional democrático. En toda revolución tiene que formarse un tal Gobierno hasta que se produzca la nueva decisión política del sujeto del poder constituyente. Sólo de modo no riguroso puede designarse como nueva Constitución el lapso intermedio, y sólo en tanto que con la revolución triunfante se introduce naturalmente una nueva situación, un nuevo «Status» (comp. antes, § 1, pág. 31). Los consejos de obreros y soldados de aquellos tres meses, sin embargo, se consideraron a sí mismos sólo como Gobierno provisional, y traspasaron de buen grado todo su poder a la Asamblea Nacional, tan pronto como se reunió.

Los Consejos de trabajadores y soldados fueron reconocidos como «Gobierno». Bajo su inspección continuó el aparato administrativo del Estado, con sus funcionarios, el despacho de los asuntos. No ocurrió, como en el año 1793 en Francia, bajo los jacobinos, o el 1918 en Rusia, con los bolchevistas, anular toda la situación administrativa y «destrozar la vieja máquina del Estado» para edificar una organización nueva por completo. La «máquina» subsistió con dirección cambiada: esta última fue recogida por el Consejo de Comisarios del Pueblo. Un convenio de 23 de noviembre de 1918, que tuvo lugar entre el Consejo ejecutivo del Consejo de trabajadores y soldados del Gran-Berlín (representante provisional de los Consejos de trabajadores y soldados de Alemania) y el Consejo de Comisarios del Pueblo, determinó: que el Poder político quedaba en manos de los Consejos de trabajadores y soldados de la República Socialista Alemana; el Consejo ejecutivo berlinés debía ejercitar sus funciones hasta la reunión de una Asamblea de delegados de los Consejos de Alemania; el Consejo de Comisarios del Pueblo se hacía cargo del «Ejecutivo». Esto no es una *Constitución* o *documento* constitucional, como lo ha llamado W. Jellinek, *Jahr. d. öffent. Rechts,* IX, 1920, pág. 21, sino regulación del Gobierno provisional. Mediante las resoluciones del Congreso general de trabajadores y soldados de Alemania de 16-18 de diciembre de 1918 se puso en claro que estos Consejos de trabajadores y soldados se considera-

ban sólo como Gobierno provisional en el sentido del Derecho constitucional democrático.

b) La *Asamblea Nacional* reunida en 6 de febrero de 1919, en Weimar, y elegida según postulados democráticos (sufragio universal, igual y directo), ejercitó el poder constituyente del pueblo alemán y formuló el contenido de la decisión política del pueblo alemán, así como las normas constitucionales necesarias para su ejecución. Ella no era sujeto o titular del poder constituyente, sino sólo su comisionado. Hasta la emisión de esas leyes constitucionales, no estaba ligada a otros límites jurídicos que a los que resultaban de la decisión política de conjunto del Pueblo alemán. Por lo demás, ella era el único poder constituido de su unidad política. En tanto que no estuvo concluida su misión, la normación legal-constitucional, no existían para ella límites legal-constitucionales. La que suele llamarse Constitución *provisional* del Reich, emitida por ella poco después de su reunión (ley sobre el Poder provisional del Reich, de 10 de febrero 1919), hubiera podido ser cambiada y vulnerada en todo tiempo, por simple mayoría de esa Asamblea, como cualquier Reglamento de la Cámara. En la terminología de la Teoría constitucional del Estado burgués de Derecho, esta situación de la concentración en un único órgano de todos los poderes del Estado se denomina «dictadura». La peculiar situación de una Asamblea «constituyente» que se reúne tras la abolición de las anteriores leyes constitucionales, puede designarse con la mayor propiedad «dictadura soberana». Sólo es explicable desde las ideas fundamentales del Derecho constitucional democrático. Mientras tanto no haya entrado en vigor la nueva formulación de leyes constitucionales, la Asamblea obra como única magistratura constitucional de la unidad política y único representante del Estado. Todo lo que hace es emanación inmediata de un poder político que inmediatamente se le ha transmitido, no frenado por ninguna división de poderes o control constitucional. Puede adoptar, pues, sin otra limitación que aquella que él mismo se imponga, todas las medidas que le parezcan exigibles según la situación de las cosas, como corresponde al contenido característico de la *dictadura.* No tiene una *competencia,* estrictamente hablando, es decir, en el sentido de un círculo, delimitado y regulado de antemano, de atribuciones. El volumen de las facultades de su poder y de su encargo depende, por entero, de su criterio; también esta vinculación de facultad y criterio del facultado es una nota de la *dictadura.* Pero como falta todo marco de una normación legal-constitucional, esta dictadura no es comisoria, es decir, limitada por leyes constitucionales ya existentes y formuladas, sino soberana. Pero, por otra parte, sigue siendo dictadura, *encargo.* No es, por tanto, el soberano mismo, sino que obra siempre en nombre y por encargo del Pueblo, que puede en todo momento desautorizar a sus comisionados, por medio de una acción política.

En el § 1 de la ley sobre el poder provisional del Reich, de 10 de febrero de 1919, la Asamblea nacional alemana ha indicado como su tarea propia la de «acordar la futura Constitución del Reich, así como también

otras leyes urgentes». A esto hay que observar que no sólo podía acordar *leyes* urgentes, sino adoptar todas las *medidas* exigibles según la situación de las cosas. En la expresión «leyes urgentes» se ve ya que, con atención al contenido, incluso estas leyes eran concebidas, en parte, sólo como medidas. De este modo, la distinción jurídica de leyes y medidas, que tan viva fue en la Revolución francesa, se confundió y olvidó en Alemania por un «concepto formal de ley» (comp. después, § 13, III, pág. 155).

c) La Constitución de Weimar de 11 de agosto 1919 entró en vigor en 14 del mismo mes. Con ello concluyó la posición de la Asamblea nacional como Asamblea «constituyente» con dictadura soberana. Había ahora sólo un Reichstag sobre la base de la nueva Constitución, con competencias reguladas y circunscritas por las leyes constitucionales, como un organismo constitucional al igual de otros y junto a ellos.

La Comisión de investigación del Reichstag, establecida en 20 de agosto de 1919 con la misión de fijar, suscitando todas las pruebas, las causas de ruptura, prolongación y pérdida de la guerra, posibilidades de paz malogradas, etc., estaba ya sometida a los límites de las leyes constitucionales, y sólo podía moverse en el marco de las atribuciones marcadas por el art. 34, C. a.; sobre esto, Erich Kauffmann: *Untersuchungsausschus und Staatsgerichtshof,* Berlín, 1920, págs. 18 y sigs.

La Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919 se apoya en el Poder constituyente del pueblo alemán. La decisión política más importante se halla contenida en el preámbulo: «El pueblo alemán se ha dado esta Constitución», y en el art. 1, 2: «El poder del Estado emana del pueblo.» Estas frases indican como decisiones políticas concretas el fundamento jurídico-positivo de la Constitución de Weimar: el Poder constituyente del Pueblo alemán como Nación, esto es, unidad con capacidad de obrar y consciente de su existencia política.

§ 7

LA CONSTITUCION COMO PACTO

(El auténtico pacto constitucional)

I. *Distinción del llamado contrato social o del Estado, respecto del pacto constitucional.*

Las numerosas construcciones de Teoría del Estado que fundan ésta —sea ficticiamente, sea como históricamente demostrable— en un *pacto,* e intentan dar así una explicación jurídica de su nacimiento, deben ser diferenciadas de los convenios o pactos que dan origen al nacimiento de una *Constitución.* Ambas cosas han sido confundidas con frecuencia, sobre todo en los intentos de Teoría del Estado ínsitos en las Constituciones americanas de la liberación, y en las manifestaciones de los teóricos y políticos franceses de la Revolución de 1789. Se ha ligado un cierto tipo de Constitución con el concepto ideal de Constitución (comp. arriba, § 4, página 59); después, se ha identificado esta Constitución con el Estado mismo, y de esta manera, la promulgación de una Constitución, el acto del Poder constituyente, ha sido visto como fundación —constitución— del Estado. Cuando un pueblo se hace consciente por primera vez como Nación, de su capacidad de obrar, es bien comprensible una tal confusión y equiparación. Sin embargo, hay que afirmar que una Constitución, basada en un acto del Poder constituyente del Pueblo, tiene que ser algo en esencia distinto de un pacto social, un *contròl social.* El principio democrático del Poder constituyente del Pueblo lleva a la necesidad de que la Constitución surja mediante un acto del pueblo políticamente capacitado. El pueblo tiene que existir y ser supuesto como unidad política si ha de ser sujeto de un Poder constituyente. Por el contrario: las construcciones de un contrato social *(Sozial)* de sociedad *(Gesellschaft)* o del Estado (no hay que discutir aquí las diferencias de estos «contratos»), sirven para fundar la unidad política del pueblo. El contrato social está ya supuesto en la doc-

trina del Poder constituyente del pueblo, pues que su construcción se tiene por necesaria. El contrato social no es idéntico en ningún caso a la Constitución en sentido positivo, es decir, a las decisiones políticas concretas sobre modo y forma de existencia de la unidad política que adopta el sujeto del Poder constituyente, y mucho menos todavía a las regulaciones *legal*-constitucionales emanadas sobre la base y en ejecución de aquellas decisiones.

Ejemplo de una reciente confusión: Fleiner, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht,* página 392: «La Constitución representa la ley fundamental de la vida del Estado. Es, en la Democracia *(sic),* la norma suprema, el fundamento del Estado, el *control social* en el sentido de Rousseau.»

1. La Constitución del Estado americano de Massachussetts, que —proyectada por John Adams— ha llegado a ser típica y modelo en gran medida (comp. Ch. Borgeaud, *Etablissement et Revision des Constitutions,* París, 1893, pág. 23) dice en su preámbulo: «Si no se alcanza ya el fin del Gobierno, el pueblo puede cambiar éste. La unidad política surge de la unión voluntaria de los individuos; es el resultado de un pacto social mediante el cual la totalidad del pueblo (!) contrata con cada ciudadano, y cada ciudadano con la *totalidad* de los ciudadanos, para ser regidos según leyes ciertas en interés general. Es, pues, deber del pueblo, al establecer una Constitución, prevenir tanto un modo justo de legislar como una aplicación y ejercicio imparcial y auténtico de las leyes.» La totalidad de los ciudadanos está aquí supuesta como unidad política.

También en Rousseau se distingue el *Contrat Social,* que funda el Estado de las *Lois politiques* o *fondamentales,* que regulan el ejercicio del poder del Estado (comp. *Contrat Social,* lib. II, cap. 12). Igualmente en las discusiones de la Asamblea nacional francesa de 1789 la distinción es clara al comienzo, y sólo más tarde penetra la confusión de *Contrat Social* y Constitución (*comp.* E. Zweig, ob. cit., pág. 330; Redslob: *Staatstheorien,* págs. 152 y sigs.).

En Kant, el pacto del «establecimiento de una Constitución civil entre los ciudadanos *(pactum unionis civilis)*» es una forma peculiar del *pactum sociale* general (por el cual se vinculan en una sociedad una multitud de hombres); la fundación de la sociedad civil es al mismo tiempo «establecimiento de una Constitución civil». La fundación (constitución) es el acto mediante el cual surge la *unio civilis.* Se toma aquí, pues, Constitución en un sentido absoluto, y no en el sentido positivo que estamos empleando *(Vom Verhältnis der Theorie zur Praxis im Staatsrecht,* ed. Vorländer, pág. 86).

Un *pacto* constitucional o una convención constitucional no *funda* la unidad política, sino que la presupone. No es el «Covenant» en que la comunidad descansa, sino un «pacto de gobierno» en el sentido más amplio de la palabra, no entendiéndose por «gobierno» sólo el Ejecutivo, a diferencia de Legislativo y Justicia, sino el total del Hacer organizado del Estado. En la terminología de la Teoría del Estado del Derecho Natural, *no* es el *pactum unionis,* pero tampoco es un *pactum subiectionis,* es decir, un pacto de sumisión a un poder político existente, con las condiciones y límites para el ejercicio del poder estatal supuesto como existente.

2. El auténtico *pacto constitucional* debe distinguirse también del caso de que varios Estados concluyan entre sí un pacto mediante el cual forman un nuevo *Estado-unidad,* de modo que en ese nuevo Estado sucumba su anterior existencia política. Asimismo, cuando, con ocasión de este pacto, se pacta la Constitución del nuevo Estado-unidad, esta Constitución, en su ulterior validez, descansa, no sobre aquel acto, sino sobre la voluntad del Poder constituyente del nuevo Estado-unidad.

II. Un auténtico *pacto constitucional* supone, al menos, dos partes existentes y subsistentes, cada una de las cuales contiene en sí un sujeto de un Poder constituyente, siendo, por tanto, una unidad política. Un auténtico pacto constitucional es, normalmente, un pacto federal.

Acerca del pacto constitucional no auténtico *dentro* de una unidad política, después en 2.

El pacto (de subordinación) jurídico-internacional, que después se trata en IV, 4 (página 90), puede ser llamado pacto constitucional tan sólo en tanto que prive a una de las partes contratantes, a favor de la otra, del derecho de libre decisión sobre modo y forma de la propia existencia política, y con ello también de una Constitución en sentido positivo.

Con el pacto federal surge una nueva Constitución. Todos los miembros de la federación reciben un nuevo *status* político de conjunto, de modo que coexisten, una junto a otra, la unidad política de la Federación como tal y la existencia política de sus miembros. De las dificultades y singularidades propias de la Constitución federal se tratará en la última parte de este libro (en § 29). Aquí sólo hay que aclarar lo siguiente:

1. *El pacto federal entre varias unidades políticas independientes es un auténtico pacto constitucional.*

2. *El «pacto constitucional» dentro de una unidad política.* La idea de un semejante «pacto constitucional» se explica sólo por razones históricas y una situación especial: el «dualismo» de la Monarquía constitucional. El problema del sujeto del Poder constituyente dentro de una unidad política se soluciona desde el punto de vista de la teoría de la Constitución, según se mostró antes (§ 6, pág. 73), con un simple dilema; pueblo o príncipe; o el Pueblo como unidad política capaz de obrar, en su identidad consciente consigo mismo, o el Príncipe como representante de la unidad política. En el marco de una unidad política misma sólo cabe *dar* una Constitución, no pactarla, porque para que haya una auténtica convención constitucional han de existir varias unidades políticas. De aquí se sigue que las numerosas convenciones constitucionales que tuvieron lugar en Alemania durante el siglo XIX no resolvían la cuestión del sujeto del Poder constituyente. Significaban un compromiso que dejaba sin decidir el caso de conflicto. Cuando en una Constitución otorgada unilateralmente por el príncipe —así, pues, no pactada—, se determina que la Constitución puede ser reformada «en vías de la legislación ordinaria», esto implica también uno de esos compromisos. Las «vías de la legislación» quiere decir aquí no otra cosa que «cooperación y anuencia de la Representación popular». De la misma manera que la Constitución no es un pacto, tampoco se convierte con esto en una ley. Pero la equivocación estaba cerca de aquella a que conduce la relativización compulsada antes (§ 2, págs. 37 y sigs.) del concepto de Constitución: Constitución = ley de reforma de la Constitución. Siempre, a partir de aquí, se llegaba a lo mismo: cooperación moderadora de la representación nacional. Por eso, se aceptaban irreflexivamente con-

tradicciones manifiestas. La Constitución era un *pacto:* no era otorgada, sino paccionada entre príncipe y Representación nacional; la Constitución era una *ley* en tanto que se exigía para una ley la cooperación y anuencia de la Representación popular.

Ejemplos de «convenios» constitucionales (que no excluyen ordinariamente que se designe la Constitución, a pesar de ello, como «dada por el Príncipe»): Constitución de *Würtemberg* de 25 de septiembre de 1819: «... se ha llegado, por fin, mediante decisión soberana y contradeclaración de todos los súbditos, a una perfecta *unión bilateral* sobre los siguientes puntos: ...»; la Constitución de Sajonia de 4 de septiembre de 1831: «... por la presente se hace saber que Nos ... hemos ordenado, *con el consejo y anuencia de los Estamentos,* la Constitución de Nuestro País al siguiente tenor». Con frecuencia, la Constitución es *ordenada* por el Príncipe, pero las reformas y aclaraciones están ligadas al consentimiento de los «Estamentos» o «Cámaras», p. ej.: Gran Ducado de Hessen, Constitución de 15 de diciembre de 1820, preámbulo y artículo 110. Ejemplo de una Constitución unilateralmente emitida por el Príncipe con la determinación de que la Constitución puede «cambiarse en vía legislativa ordinaria»: Constitución (otorgada) prusiana de 31 de enero de 1850, artículo 106.

3. En la fundación de la Federación norteamericana y en la del Imperio alemán tuvo lugar un auténtico convenio constitucional, un pacto federal, con uno de los convenios constitucionales no auténticos, de política interior, discutidos en 2. El *publicandum* de 26 de julio de 1867, relativo a la Constitución de la Federación de la Alemania del Norte *(Gaceta Federal Legislativa,* pág. 1; Triepel: *Quellensammlung,* 4.ª ed., página 333) dice: «*Convenida* la Constitución de la Federación de la Alemania del Norte por Nos (el Rey de Prusia), Su Majestad el Rey de Sajonia, Su Alteza real el Gran Duque de Hessen, etc., con el *Reichstag* convocado a ese fin», etc. Aquí hay que distinguir el *pacto federal* concluido entre los Estados federados (Prusia, Sajonia, Hessen, etc.) y el convenio (un *pacto constitucional no auténtico)* realizado entre la Federación y la Representación popular. En tanto que existían dentro de los distintos Estados-miembros de la Federación pretendidos pactos o convenios constitucionales, eran también pactos constitucionales no auténticos. La terminología del año 1867, no tenía ya hacía tiempo el sentido de anudar con ideas medievales de pactos estamentales, sino sólo la significación política de que la Constitución no había de ser otorgada; era una concesión a las ideas modernas que tenía por resultado dicho compromiso no auténtico, pero muy discreto en tiempos tranquilos, o acaso felices. En ningún caso podía reconocerse un Poder constituyente del pueblo alemán. Pero el que fuera posible un compromiso significaba algo como un reconocimiento, aunque poco claro y a medias, del Poder constituyente del pueblo, y con él, del principio democrático. Lo débil de esta contradictoria falta de claridad se mostró teoréticamente en problemas insolubles, como el de la proporción de elementos federales (es decir, de auténtico pacto) y elementos *legal*-constitucionales en la Constitución del Imperio; en la práctica política se mostró ante situaciones críticas,

como en la guerra mundial desde el verano de 1917, cuando comenzó el Reichstag a ganar influjo sobre el Gobierno del Reich.

4. Para una *Constitución federal de base democrática,* es decir, con Poder constituyente del Pueblo, resulta una dificultad del hecho de que la Federación supone una cierta paridad, una homogeneidad sustancial en sus miembros (después, § 30, III). Pues la igualdad nacional del pueblo en los distintos Estados-miembros de la Federación conduce con facilidad, cuando el sentimiento de la unidad nacional es bastante fuerte, a contradicciones con el pensamiento de la Constitución federal. Pues es consecuencia del principio democrático el que el Poder constituyente del pueblo, en el caso de una unidad política, con igualdad nacional y conciencia nacional del pueblo, rompa los límites de los distintos Estados dentro de la Federación y coloque, en lugar del convenio constitucional federal entre los Estados-miembros, un acto del Poder constituyente del pueblo sano (después, pág. 368).

La Constitución del Reich alemán de 11 de agosto de 1919 descansa en un acto tal del Poder constituyente del pueblo alemán. No es, pues, un pacto, y, por lo tanto, tampoco una Constitución federal. La Constitución del Imperio de 16 de abril de 1871, por el contrario, dejaba abierta la cuestión, según el compromiso en que estaba apoyada. La inevitable consecuencia no ha quedado, claro está, inadvertida. Con singular claridad y paladinamente —en todo caso, más desde un punto de vista filosófico-jurídico que jurídico-político— dice Bierling (*Juristische Principienlehre,* II, Friburgo, 1898, págs. 356 y sigs.) que la fundación de la Federación de la Alemania del Norte y del Imperio alemán debe ser referida «en su eficacia o validez jurídica, al inmediato *reconocimiento de toda la población* de la comunidad superior así constituida». En las elecciones al Bundestag (Cámara federal) y, respectivamente, al Reichstag, se encontraría contenido de antemano ese reconocimiento. «La normación jurídica misma se ha realizado en formas que aparecen desde una cierta dirección —en parte, desde el punto de vista del Derecho internacional; en parte, desde el del Derecho político interno— como de *negocio jurídico.* Pero el contenido de la normación jurídica sobrepasa la medida establecida por tales negocios jurídicos de Derecho internacional o Derecho político interno, según su naturaleza». Esto significa en realidad: Poder constituyente del pueblo alemán, y, por tanto, Democracia. Pero el elemento de pacto «federal» del Imperio alemán contiene el contrapeso de esta consecuencia democrática. Hasta el final de esta Constitución en noviembre de 1918, surgieron por eso entre el Reichstag de un lado y de otro el Bundesrat y el Gobierno del Imperio, siempre nuevas divergencias de opinión y diferencias. El Gobierno acentuaba el fundamento federal del Imperio y presentaba como contraposiciones *absolutas* y cosas absolutamente inconciliables, Parlamentarismo (dependencia del Gobierno respecto de la confianza del Reichstag) y Federalismo. Pero lo absoluto de esta contraposición reside, no en la diversidad de las formas de organización e instituciones —que sería siempre relativa, prestándose a numerosas combinaciones prácticas—, sino en el contraste de los principios

monárquico y democrático. Este contraste afecta al Poder constituyente, o sea, a las decisiones políticas concretas emanadas acerca de la forma de existencia de la unidad política en conjunto. Aquí son posibles compromisos dilatorios, esto es, aplazamientos y suspensiones de la decisión, pero no un compromiso objetivo que pueda transformar en un resultado armónico el dilema ineludible.

III. *El auténtico pacto constitucional es siempre un pacto de «status».* Presupone como partes del contrato varias unidades políticas, que tienen en cuanto tales un *status.* Es de su contenido la fundación de un nuevo *status* para todos los Estados participantes en el acuerdo.

Este pacto es un pacto *libre,* pero sólo en tanto en cuanto descansa en la voluntad de los sujetos a él concurrentes. No es un pacto libre en el sentido del moderno concepto jusprivatista de contrato y de una ordenación social liberal-burguesa apoyada en «libertad de contratación».

1. La distinción de pacto libre y pacto de *status* se hace necesaria, porque la palabra «pacto» tiene muchos sentidos. Cuando un autor medieval funda el Estado o el gobierno en el «pacto», un filósofo del siglo XVII, como Hobbes, emplea la palabra «pacto», o, finalmente, en el siglo XX, un relativista burgués refresca el viejo pensamiento de que el Estado descansa en un pacto, definiendo como «compromiso» el moderno Estado democrático-parlamentario, se colocan en la palabra «pacto» ideas tan distintas, que carece de valor y finalidad el discutir sin hacer previamente distinciones más rigurosas, o proclamar sentencias tales como *pacta sunt servanda.*

Para un pacto libre en el sentido de la ordenación social y jurídica liberal burguesa, concurren tres cosas: 1. Las partes del contrato se encuentran colocadas unas frente a otras como los individuos en las relaciones de Derecho privado. Un contrato entre dos individuos y un pacto entre dos unidades políticas son algo tan esencialmente distinto que la igualdad de denominación *(en lengua alemana),* «pacto», *Vertrag,* puede afectar sólo a igualdades aproximativas y externas de ambos hechos. 2. Mediante pacto libre entre individuos se fundan sólo relaciones especiales de contenido *mensurable* en principio, delimitado en principio y, por eso, *rescindible* en principio. 3. El pacto libre no abarca nunca, pues, a la totalidad de una persona. Es rescindible y soluble; el abarcar a la persona en su totalidad se considera como inmoral y antijurídico.

Esto se manifiesta en la prescripción legal del Derecho civil sobre tal «libertad», que ya en la Revolución francesa (art. 18 de la Declaración de derechos del Hombre de 1793 y art. 15 de la Declaración del año III, 1795) fue proclamada como norma fundamental. En el § 624 del Código civil alemán es reconocido igualmente ese principio: «La relación de servidumbre de por vida o por un tiempo mayor de cinco años es rescindible por el obligado, transcurridos cinco años.» Igual pensamiento se hizo ley en el artículo 1.780 del *Code civil.* También en detalles se muestra la conexión de «libertad» de la persona y mensurabilidad y delimitabilidad de la prestación. Comp. E. Jacobi, *Grundlehren des Arbeitsrechts,* Leipzig, 1927, pág. 47 (aumento de la subordi-

nación por ser la prestación imprecisa); otro ejemplo de la conexión entre mensurabilidad y libertad: *Die Diktatur*, pág. 37, nota.

A diferencia de ello, el pacto de *status* funda una relación permanente de vida que abarca a la persona en su *existencia,* e introduce una ordenación de conjunto que no consiste en diversas relaciones sólo mensurables, ni puede ser suprimido por libre rescisión o revocación. Ejemplos de tales pactos de *status* son: esponsales y matrimonio; establecimiento de la relación de funcionario; en otras ordenaciones jurídicas: pactos de pleitesía feudal, comunidades juramentadas, etc. El juramento es un signo característico del ingreso existencial de la persona toda. Tiene que desaparecer por eso de una ordenación social basada en el libre pacto.

El proceso histórico marcha según la célebre fórmula de H. Sumner Maine *(Ancient Law,* pág. 170) *from Status to Contract.* Es en lo esencial la misma línea que F. Tönnies en su gran obra *Gemeinschaft und Gesellschaft* ha mostrado como evolución de la *comunidad* a la *sociedad.* Sólo aportaremos aquí una breve observación a estas afirmaciones históricas y sociológicas, observación que no debe rebajar el alto valor de aquellos resultados, pero que quizá pueda contribuir a aclararlo mejor. La contraposición de *status* y pacto, comunidad y pacto, tiene algo de erróneo, porque también se fundan por medio de pacto relaciones de comunidad y de *status.* La ordenación social de la Edad Media descansaba en numerosos pactos: pactos de pleitesía feudal, pactos estamentales, comunidades juradas. Aquí, «pacto» significaba pacto de *status;* el juramento reforzaba, tanto la duración del pacto, como la vinculación existencial de la persona. La negativa a prestar el juramento por los anabaptistas y otros sectarios significa, por eso, el comienzo de la Edad Moderna y la época del pacto *libre.* Werner Wittich lo ha expuesto así en un trabajo sobre el Anabaptismo, por desgracia no publicado aún.

Una investigación histórica del desarrollo del concepto de pacto, no la hay todavía. Se habla de «pacto» sin distingos. En las exposiciones históricas se echa una línea igualadora de la teoría del pacto estatal desde Marsilio de Padua hasta Rousseau, sin hacer diferencias dentro del concepto de pacto. También el libro de Gierke sobre esta materia, *Althusius* (3.ª ed., 1913), adolece de ello y coloca a un jurista con ideas todavía medievales del pacto, como Altusio, junto a Hobbes y Rousseau, sin reparar en el cambio fundamental que se había realizado entre tanto dentro del concepto.

2. Cuando en el seno de una unidad política existente surge la Constitución mediante acuerdo o pacto, un semejante pacto carece de fuerza vinculante frente al sujeto del Poder constituyente en caso de conflicto. Una *pluralidad* de sujetos del Poder constituyente anularía y destrozaría la unidad política. Allí donde se inicia el proceso de disolución, surgen con eso tales «pactos de Estado» *dentro del Estado.* Si una organización estamental o de otra clase logra dar el carácter de *leyes constitucionales* a pactos intraestatales, habrá alcanzado el grado sumo de vinculación del Estado que es posible conseguir sin suprimir la unidad política. Pero si el «pacto de Estado» tiene el sentido, no ya de introducir el procedimiento especial de reforma de la ley constitucional, sino de limitar y abolir el Poder constituyente, la unidad política se destroza, y se coloca el Estado en

una situación por completo anómala. Todas las construcciones jurídicas de esta situación son inservibles. Esta era la situación del Imperio alemán desde el siglo XVI (arriba, pág. 68). Naturalmente que tal proceso de disolución puede comenzar en cualquier momento.

3. Si una Constitución se apoya en acuerdo o pacto, es *base jurídica de su validez* la *voluntad* política de los federados y la *existencia* de la Federación que descansa en esa voluntad. La Federación es un *status total* que abarca el *status* de cada uno de los Estados-miembros. Más allá de la simple obligación contractual, cada Estado-miembro, tomado en su totalidad, queda transformado (sobre esto, después, en las explicaciones sobre el concepto de Federación, § 29, II, 3).

La base jurídica de un pacto constitucional *no* es el precepto general: *pacta sunt servanda.* Menos aún es este precepto un precepto constitucional o una ley constitucional. No cabe fundar una Federación o cualquiera comunidad en este precepto como si fuera su «Constitución».

A. Verdross ha intentado fundar la comunidad internacional en el precepto *pacta sunt servanda (Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft,* 1926). En este precepto ve él la «norma fundamental» que debe ser «Constitución» de toda «comunidad». Aparte de que una Constitución no es norma, sino decisión política concreta (antes, página 47), aparte también de las oscuridades en el concepto de esta «comunidad», es preciso hacer notar lo siguiente:

a) El postulado *pacta sunt servanda* no es una norma. Es, mejor, un *postulado fundamental,* pero no una *norma* en el sentido de precepto jurídico —comp. H. Heller: *Die Souveränität,* 1927, pág. 132, donde se trata en una atinada crítica esta distinción de norma y postulado fundamental.

b) El postulado *pacta sunt servanda* enuncia que es posible obligarse jurídicamente por medio de pactos. Hoy eso es algo evidente, y no constituye ni una norma, ni el fundamento moral de la validez de normas. Antes bien, o es una completa duplicación e hipóstasis tautológica, o enuncia que el pacto concreto no vale, sino tan sólo la «norma» general de que los pactos valen. Adicionar a cada pacto en vigor la «norma» de que los pactos en general son válidos, es una vacua ficción, pues el pacto concreto vale y obliga jurídicamente por virtud del Derecho positivo y no por virtud de la norma *pacta sunt servanda.* Tales adiciones e hipóstasis ficticias son posibles en número ilimitado; toda norma vale, porque vale la norma general de que hay normas que deben valer, etc. Pero, para la fundamentación de una unidad política de existencia concreta, carecen por completo de significación.

c) Considerado en la Historia del Derecho, el postulado *pacta sunt servanda* tuvo una significación en tanto que no era cosa clara en sí misma el que cupiera obligarse mediante *pacta.* La expresión *pacta sunt servanda* podía referirse en su origen histórico a la fórmula del pretor romano que declaraba, respecto de ciertos pactos, que habría de considerarlos válidos en el ejercicio de su cargo: *Ait Praetor: Pacta conventa quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus consulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, «servabo»,* Dig., 2, 14, l. 7, § 7, o *Dolo malo ait Praetor pactum se «non servaturum»,* eod., § 9; comp. Lenel: *Edictum Perpetuum,* 3.ª ed., 1927, pág. 65. En esta formulación, el precepto tiene un contenido concreto: el *pretor* señala los convenios a los que, en virtud de su facultad de decidir como autoridad, garantiza protección y declara ejecutivos. Por el contrario, el postulado general *pacta sunt servanda* no dice nada acerca de *qué* pactos son válidos y obli-

gatorios y, por tanto, deben ser observados. Repite siempre lo mismo: que los pactos válidos tienen que ser observados; es decir, que son válidos.

d) Ni en teoría, ni en práctica, tiene el postulado *pacta sunt servanda* un valor científico-jurídico. Que sea preciso observar pactos bajo el supuesto de que son válidos, se comprende sin más; pero resulta igualmente claro que sólo es necesario observar los pactos válidos, y que, ante todo, hay que contar con un pacto válido. La cuestión se reduce siempre, pues, o bien a la existencia de un pacto: de un verdadero acuerdo de voluntades en caso concreto, o bien a causas de nulidad, causas de invalidación, causas de impugnación, posibilidades de rescisión, inmoralidad del pacto, imposibilidad de su cumplimiento, circunstancias imprevisibles, etc. Nadie puede discutir que los pactos han de ser observados; la discusión afecta tan sólo a dudas y diferencias de opinión sobre si *in concreto* hay un pacto, si este pacto es válido, si son de tener en cuenta causas especiales de invalidez o rescisión, etc.

e) En realidad, la cuestión es: *quis iudicabit?* ¿Quién decide acerca de si hay un pacto válido, si hay causas admisibles de impugnación, si hay un derecho de retracto, etc.? Colocando la cuestión de este modo certero, se muestra que el postulado *pacta sunt servanda,* ni enuncia una decisión de contenido, careciendo así de toda suerte de valor normativo, ni indica *quién decide.* De ahí no puede obtenerse una respuesta a las únicas cuestiones pertinentes.

f) El valor del postulado se reduce, pues, a la significación de uno de aquellos aforismos que gustaban de poner los antiguos notarios en las cubiertas de sus actas, o en sus despachos. El sentido político de realzar tales postulados puede consistir, sin embargo, sólo en que se introduzcan tácitamente una presunción de que todos los pactos concertados hoy son en todo caso *válidos.* La «norma» *pacta sunt servanda* es, pues, un medio más, dentro del gran sistema de la legitimación del *status quo* político y económico existente. Estabiliza ante todo los deberes tributarios existentes, y les da la consagración de lo legítimo y de la moralidad.

IV. 1. *Mediante pacto o convenio puede sólo surgir una Constitución federal, y sólo de aquellos Estados que se convierten en miembros de la Federación.* La Constitución de un Estado independiente no puede descansar en un pacto *(tratado)* constitucional de *terceros Estados.* A la existencia política corresponde la autodeterminación. La Constitución en sentido positivo es una expresión de esta posibilidad de elegir por virtud de decisión propia el modo y forma de la *propia* existencia.

Cuando un tratado *(pacto)* internacional regula el gobierno y administración de un *tercer* país, este país se convierte con ello en *objeto* de convenios y compromisos ajenos. Lo que significa *negación* de la existencia política; entonces no es posible una Constitución en sentido positivo.

El territorio del Sarre no es un Estado. El llamado *estatuto del Sarre* regula el «gobierno» del territorio del Sarre hasta el plebiscito o hasta la decisión definitiva de la «Sociedad de Naciones» *(¿Asamblea* de la Sociedad de Naciones o *Consejo* de la Sociedad de Naciones?); «comisión de gobierno» de miembros de distinta nacionalidad, compuesta de cinco personas, ejerce el gobierno con arreglo al «estatuto del Sarre» (disposición del art. 49 del Tratado de Versalles). Esto puede estimarse «Constitución» del territorio del Sarre, mucho menos que la legislación colonial de la Metrópoli como Constitución de la colonia. Constitución, en sentido positivo, significa, en esencia, determinación de la *propia* forma de existencia.

Tampoco los llamados territorios de *mandato,* que son regidos y administrados por un Estado mandatario, según el artículo 22 del estatuto de la Sociedad de Naciones, tienen una Constitución en sentido positivo. Son, o bien colonias (mandatos B y C), o bien protectorados (los llamados mandatos A) (abajo, 4), con la singularidad de que tiene lugar un cierto control (por ahora, todavía problemático) de la «Sociedad de Naciones» (Consejo de la Sociedad de Naciones, Comisión de mandatos). Según el artículo 22, los pueblos de estos territorios *«no están todavía en condiciones de dirigirse a sí mismos (se diriger euxmêmes; to stand by themselves)* bajo las circunstancias, especialmente difíciles, del mundo actual». Tampoco pueden por eso tener una Constitución en sentido positivo.

2. Un tratado internacional como tal, no es nunca una Constitución en sentido positivo. Tampoco puede ser parte de la Constitución de un Estado independiente. El pacto federal no es (incluso en el caso de la confederación) un convenio «puramente internacional»; comp. después, § 30, página 360. Sobre el aseguramiento por *ley* constitucional de obligaciones internacionales, después, 5.

Según el artículo 178, 2, C. a., el Tratado de Versalles «no puede ser afectado en sus determinaciones por la Constitución». Este precepto de la Constitución de Weimar no significa renuncia a la existencia política y al derecho de autodeterminación del pueblo alemán: enuncia tan sólo que el Reich alemán no quiere sustraerse a los deberes internacionales de este Tratado mediante apelación a prescripciones legal-constitucionales. La declaración expresa se explica por la situación política del año 1919 (sobre esto, muy interesante Wittmayer, págs. 20-21). Aparte de esto, y desde el punto de vista internacional, es un postulado de general reconocimiento el de que un Estado no puede sustraerse a sus deberes internacionales, en tanto subsistan válidamente, apelando a obstáculos o imposibilidades de carácter jurídico-político interno. «Si hay un postulado indiscutible del Derecho internacional, es éste» (Triepel: *Völkerrecht und Landesrecht,* 1899, pág. 313). La declaración del artículo 178, 2, C. a., no tiene, pues, un contenido independiente constitutivo. Sería inexacto decir que las determinaciones del Tratado de Versalles tienen la precedencia respecto a las de la Constitución de Weimar, y especialmente absurdo designar como reforma de la Constitución de Weimar una reforma en el Tratado de Versalles exigiendo, p. ej., una ley de reforma de la Constitución para una restitución del territorio del Sarre al gobierno y administración alemanes antes del año 1935. Un deber puramente internacional no pertenece a la Constitución en sentido positivo. Una empresa encaminada a suprimirlo no es tampoco, por lo tanto, alta traición en el sentido de las normas penales; la apelación a un deber internacional del Estado no puede justificar una traición al País; un deber internacional no se jura al jurar los cargos (art. 176), etc.

Si el contenido del protocolo de Londres de 14 de agosto de 1924 (llamado Plan Dawes) se convirtió en parte de la legislación alemana mediante una serie de leyes constitucionales de 30 de agosto de 1924, eso tiene la consecuencia jurídica de que la adaptación interna a una reforma del plan necesitaría verificarse por medio de ley constitucional (esto es, en el procedimiento del art. 76, C. a.). Aquí, la «forma» de ley constitucional es sólo un medio técnico-jurídico. Sería también equivocado en este caso el decir que el Plan Dawes es una parte de la Constitución alemana, se le jura al jurar el cargo (art. 176, C. a.), está protegido por las prescripciones penales contra la alta traición y que haya de ser entregado a los niños alemanes, según el artículo 148, 3, C. a., al abandonar la escuela.

3. Si una prescripción legal-constitucional establece que «las reglas generalmente reconocidas del Derecho internacional valdrán como elemento obligatorio» del Derecho estatal (art. 4, C. a.), esto significa que: se ha practicado para el contenido de ciertas normas internacionales (las *reglas* generalmente reconocidas, así, pues, sobre todo, reconocidas también por el Estado mismo de que se trate; es decir, normas, y no pactos especiales), el acto formal de una *transformación* en Derecho estatal con carácter general. La transformación es, en esto, el fenómeno esencial, porque mediante ella se crea el fundamento jurídico *(auctoritatis interpositio)* de la validez estatal. Con eso, y en tanto se trate de reglas de Derecho internacional generalmente reconocidas, sólo se ordena la transformación general. Aquellas reglas se convierten así en Derecho legal del Estado; pero no en leyes constitucionales o, acaso, en un elemento de la Constitución.

Hugo Preuss sostuvo (con arreglo a una opinión compartida por A. Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes,* Tubinga, 1923, pág. 111) que una prescripción como la del artículo 4, C. a., significa la «inserción del Reich como Estado democrático de Derecho en la comunidad jurídico-internacional». Si el artículo tuviera en realidad tal significación, la Constitución alemana sería la Constitución de un Estado miembro de la federación «Comunidad jurídico-internacional», y el ordenamiento de esta federación sería un elemento de la Constitución alemana. Claro está que Preuss no quería sostener tan fantástica afirmación, sino sólo acentuar, en términos generales, la actitud leal del Reich alemán frente al Derecho internacional. La «Comunidad jurídico-internacional» no tiene estructura como para que se «inserte» en ella un Estado, a la manera que puede insertarse un Estado en una auténtica federación; no es una organización sólida; es el reflejo de la coexistencia de unidades políticas independientes (sobre esto, abajo, en la *Teoría de los conceptos fundamentales del Derecho de la Federación,* § 29, I, 1). Por consiguiente, la opinión de Preuss demuestra muy poco, a pesar de su sorprendente formulación. Tampoco puede seguirse de ahí que las «reglas generales del Derecho internacional» sean leyes constitucionales, ni que pueda hablarse de elementos de la Constitución alemana en sentido positivo. Verdross (ob. cit., pág. 116) habla de un «afianzamiento del Derecho internacional general en la Constitución» y piensa que, como el artículo 4 (al igual del art. 9 de la Constitución federal austríaca, coincidente en lo esencial) pertenece a la Constitución, sólo puede ser suprimido en vías de reforma constitucional. Esto es cierto en cuanto que una prescripción legal-constitucional sólo por ley constitucional puede ser suprimida. Pero no por ello se convierte en ley constitucional del Reich alemán «el Derecho internacional general», o más exacto: la docena de reglas de Derecho internacional generalmente reconocidas. Equivocados también: J. Schmitt, *Zeitschr. f. bad. Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege,* 1921, pág. 201, y G. A. Walz, *Die Abänderung völkerrechtsgemässen Landesrechts (Völkerrechtsfragen,* cuaderno 21, 1927, pág. 150), que admiten una vinculación del legislador alemán respecto de los contenidos transformados, más allá de la eficacia transformadora del artículo 4. Los postulados considerados como «reglas de Derecho internacional generalmente reconocidas» no pasan ya por «Derecho del Reich»; son leyes del Reich como otras leyes vigentes del Reich. Acertados Anschütz, *Kommentar,* págs. 49-50, y Giese, *Kommentar,* págs. 57-58.

4. Si por medio de un tratado internacional, que no es un pacto federal (y, por tanto, no cambia el *status* de *cada* parte contratante en lo rela-

tivo a la adscripción a la federación) se fija el *status* político de totalidad de uno de los Estados contratantes, sólo puede tratarse de formas del sometimiento y dependencia. El pacto contiene entonces una *supresión* del Poder constituyente del Estado que ha entrado en dependencia.

Ejemplos de tales Tratados internacionales son los Tratados de *protectorado* de los siglos XIX y XX. Pero también los *tratados de intervención,* con un derecho a intervenir según el criterio del Estado interventor, cambian el *status* de una unidad política, cuando la intervención significa una decisión sobre conceptos políticos existenciales, como defensa de la *independencia* exterior, *seguridad* y *orden públicos,* y se pone en manos del Estado facultado para intervenir, por virtud del derecho de intervención, la decisión acerca de estos conceptos; compruébense, p. ej., los Tratados de los Estados Unidos de América con la República de Cuba, de 22 de mayo de 1903 (Strupp, *Documents,* II, págs. 236 y sigs.), y con la República de Panamá, de 18 de noviembre de 1903 (eod., págs. 346 y sig.); además, la situación jurídico y política de *Haití, Santo Domingo, Nicaragua* y (con arreglo a la declaración inglesa de 28 de enero de 1922) también *Egipto.*

Otro ejemplo de supresión de la libre autodeterminación respecto de aquellos conceptos existenciales está contenido en los artículos 102 y siguientes del Tratado de Versalles. La ciudad libre de *Danzig* es *fundada (constituée)* por las grandes potencias aliadas; su Constitución es elaborada, de acuerdo con un Alto Comisario de la Sociedad de Naciones, por «representantes de la Ciudad libre, convocados en forma ordinaria», quedando garantizada por la Sociedad de Naciones. Esa no es una Constitución en sentido positivo; no es una libre decisión sobre modo y forma de la propia existencia política.

Ni el Tratado de Versalles, ni los acuerdos del protocolo de Londres de 16 de agosto de 1924, son tratados internacionales de esta clase. Aun siendo tan grandes y pesadas las cargas del Reich alemán, y tan fuertes y aniquiladoras las posibilidades de influencia de las potencias aliadas (ocupación, sanciones, desarme, investigaciones), la decisión sobre aquellos conceptos existenciales no ha sido abandonada inmediatamente a un extraño. Tampoco el que la incorporación de Austria al Reich alemán se haya hecho depender del asentimiento del Consejo de la Sociedad de Naciones (art. 80 del Tratado de Versalles) dejándose por lo pronto sin significación el artículo 61, 2, C. a., suprime la existencia política del Reich alemán. Es por eso inexacto que el Reich alemán haya declinado el carácter de Estado soberano, como aparece, sin un concepto claro de soberanía, en la disertación de H. Gerber, *Die Beschränkung der deutschen Souveränität nach dem Versailler Vertrage* (*Völkerrechtsfragen,* cuaderno 20), Berlín, 1927.

5. Cuando, por virtud de obligación internacional, se acepta en las leyes constitucionales de un país el contenido de *ciertas* estipulaciones internacionales, esto no requiere una supresión ni siquiera disminución de la independencia política del Estado que asegura así obligaciones internacionales mediante la forma jurídico-política de las leyes constitucionales. Puede tratarse de un método técnico-jurídico de defensa contra reformas practicadas en vías legislativas ordinarias. La diferencia de Constitución en sentido positivo y determinaciones legal-constitucionales, se hace aquí singularmente clara. El contenido de aquellas estipulaciones jurídico-internacionales es protegido en el Derecho interno por el procedimiento especial de revisión. La forma de ley constitucional sirve a esta finalidad. Pero tales

determinaciones no son actos del Poder constituyente de un pueblo. No suprimen la soberanía de un Estado; sólo emplean —en interés de un deber jurídico-internacional— el concepto relativizado de ley constitucional, como medio técnico formal para conseguir una validez reforzada dentro del Estado.

Ejemplos: los tratados internacionales concluidos por las grandes potencias aliadas y asociadas con Polonia (28 de junio de 1919), Checoslovaquia (10 de septiembre de 1919), Reino Serbio-Croata-Esoveno (10 de septiembre de 1919), y otros Estados de Europa media y oriental, para la protección de minorías nacionales y religiosas (en H. Kraus, *Das Recht der Minderheiten, Stilkes Rechtsbibliothek*, t. 57, Berlín, 1927; allí mismo, otros ejemplos). En estos llamados Tratados de protección de minorías se suele encontrar la siguiente prescripción en el artículo 1.°: Polonia (o Checoslovaquia, o el Reino Serbio-Croata-Esloveno, etc.) se obliga a reconocer las prescripciones protectoras como «leyes fundamentales» *(lois fondamentales)*, en contra de las cuales no puede prevalecer ninguna ley, ninguna ordenanza ni ninguna actuación oficial; igualmente artículos 65 y 73 del acuerdo germano-polaco sobre Alta Silesia de 15 de mayo de 1922, *Gaceta Legislativa del Reich,* II, págs. 271, 278. Aquí la palabra «ley fundamental» tiene el sentido relativo de ley constitucional.

§ 8
EL PODER CONSTITUYENTE

I. *Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad*[1] *es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y*

[1] La distinción entre fuerza y autoridad no necesita ser explicada para la ulterior exposición de esta Teoría constitucional; pero, por su gran importancia para la Teoría general del Estado, la expondremos brevemente: al Poder (siempre efectivo por necesidad) le corresponden conceptos como soberanía y majestad; autoridad, por el contrario, significa un prestigio esencialmente basado en el elemento de la *continuidad* y contiene una referencia a la tradición y permanencia. Ambas cosas, fuerza y autoridad, son eficaces y vivas, una junto a otra, en todo Estado. La contraposición clásica se encuentra también para esto en el Derecho político de Roma: el Senado tenía *auctoritas;* del Pueblo, por el contrario, se desprenden *potestas* e *imperium*. Según Mommsen, *Römisches Staatsrecht,* III, pág. 1.033, *auctoritas* es una «palabra que se sustrae a toda definición rigurosa»; según Víctor Ehrenberg (*Monumentum Antiochenum*, Klio, t. XIX, 1924, págs. 202-3), la palabra designa algo «ético-social», una «posición de rara mezcla entre fuerza política y prestigio social», que se basa «en la valía y efectividad social»; comp. además, v. Premerstein en la Rev. *Hermes,* t. 59, 1924, página 104; R. Heinze, cod. 60, 1925, pág. 345, y Richard Schmidt, *Verfassungsaufbau und Weltreichsbildung,* Leipzig, 1926, pág. 38. A pesar de su posterior carencia de fuerza, el Senado conservó su autoridad y se convirtió, por último, durante la época imperial, en la única instancia que todavía podía prestar algo a manera de «legitimidad», después que el poder del pueblo romano había sucumbido bajo el Imperio. El *Papa* romano pretendió tener, en un sentido especial, *auctoritas* (no *potestas)* frente al Emperador, mientras que éste tenía *potestas*. Las expresiones de la carta de S. Gelasio I al Emperador Anastasio, del año 494, son muy decisivas y de especial significación como documento muy citado, que domina la gran polémica de los siglos X y XI: «*Duo sunt quibus principaliter mundus hic regitur: 'auctoritas sacra pontificum et regalis potestas'*» (Mignes, *Patr. Lat.,* 59, pág. 42 A; Carl Mirbt, *Quellen zur Geschichte des Papsttums,* 3.ª ed., págs. 67, 122 y 123).

Quizá es también de interés la distinción para el esclarecimiento de cuestiones actuales. Hasta ahora, la Liga de Naciones no ha podido tener, ni *potestas* independiente, ni *auctoritas* propia. Por el contrario, cabe decir hoy que el Tribunal permanente de

forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. Las decisiones, como mías, son cualitativamente distintas de las normaciones legal-constitucionales establecidas sobre su base.

1. Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un *Ser* político, acerca del modo y forma del propio Ser. La palabra «voluntad» denuncia —en contraste con toda dependencia respecto de una justicia normativa o abstracta— lo esencialmente *existencial* de este fundamento de validez.

El poder constituyente es voluntad política: Ser político concreto. La cuestión general filosófico-jurídica de si una *ley* es por su esencia mandato, y por consiguiente voluntad, o es *norma:* ratio y justicia, tiene una significación decisiva para el concepto de ley en el sentido del Estado de Derecho; comp. abajo, § 13. El que la *Constitución* deba ser entendida como un *acto de voluntad,* no significa por sí mismo una solución del problema general. Mucho menos viene aquí al caso la vieja y eterna disputa metafísica que en las más distintas formas se repite para los diversos campos del pensamiento humano: si una cosa es buena y justa porque Dios la quiere, o si Dios la quiere porque es buena y justa (sobre esto, algunos ejemplos en Gierke, *Althusius,* pág. 14, nota). Con independencia de la cuestión de si la ley, en general, es por su esencia mandato o *ratio,* puede decirse que la Constitución tiene que ser una decisión, y *todo acto del poder constituyente,* un mandato o, como dice Boutmy (pág. 241), un *acte impératif.*

2. Una *ley* constitucional es, por su contenido, la normación que lleva a la práctica la voluntad constituyente. Se encuentra por completo bajo el supuesto y sobre la base de la decisión política de conjunto contenida en esa voluntad. Si se insertan otras varias normas en la «Constitución», esto tiene sólo una significación técnico-jurídica: la de defensa contra una reforma por medio del procedimiento especial (comp. arriba, § 2, pág. 41).

3. Así como una disposición orgánica no agota el poder organizador que contiene autoridad y poder de organización, así tampoco puede la emisión de una Constitución agotar, absorber y consumir el Poder constituyente. Una vez ejercitado, no por ello se encuentra acabado y desaparecido el Poder constituyente. La decisión política implicada en la Constitución no puede reobrar contra su sujeto, ni destruir su existencia política. Al lado y por encima de la Constitución, sigue subsistiendo esa voluntad. Todo auténtico conflicto constitucional que afecte a las bases mismas de la deci-

---

Justicia Internacional de La Haya tiene autoridad. No tiene, es claro, *potestas* ninguna. Sin embargo, la autoridad de un Tribunal de Justicia —a causa de la vinculación del Juez al Derecho vigente— es un caso especial de autoridad y no propiamente *política,* porque un Tribunal no tiene, debido a su vinculación normativa, propia existencia política, y su *pouvoir* es —según la expresión de Montesquieu— *«en quelque façon nul»* (comp., pág. 185). Hasta qué punto corresponden ambos conceptos, fuerza y autoridad, a los principios político-formales, identidad y representación, que más abajo (pág. 205) se exponen, sería cosa a desenvolver en una *Teoría general del Estado.*

sión política de conjunto, puede ser decidido, tan sólo, mediante la voluntad del Poder constituyente mismo. También las lagunas de la Constitución —a diferencia de las oscuridades y discrepancias de opinión de las *leyes* constitucionales en particular— pueden llenarse, tan sólo, mediante un acto del Poder constituyente; todo caso imprevisto, cuya decisión afecte a la decisión política fundamental, es decidido por él.

4. El Poder constituyente es unitario e indivisible. No es un poder más, coordinado con otros distintos «poderes» (Legislativo, Ejecutivo y Judicial; comp. § 14). Es la base que abarca todos los otros «poderes» y «divisiones de poderes».

Con la confusión entre Constitución y Ley constitucional se ha introducido una confusión entre poder constituyente y competencia para juzgar las leyes constitucionales, que lleva con frecuencia a colocar esa competencia, como *pouvoir constituant,* junto a otros *pouvoirs;* (comp. abajo, § 10, IV, pág. 114).

II. *El sujeto del Poder constituyente.*

1. Según la concepción medieval, sólo *Dios* tiene una *potestas constituens,* en tanto que de esto pueda hablarse. El postulado: «Todo poder (o autoridad) viene de Dios» *(Non est enim potestas nisi a Deo, Rom.,* 13, 1) tiene como significado el poder constituyente de Dios. También la literatura política de la Reforma, sobre todo, la teoría de los monarcómacos calvinistas, lo sostiene.

Althusius, *Política,* cap. XVIII, 93; XIX, 19 y sigs. El *pueblo* tiene ya, en Altusio, una *potestas constituta.* La secularización del concepto de poder constituyente es más tardía. En ningún caso se puede compaginar aquí, como hace Gierke en su célebre obra sobre Altusio, los conceptos de un creyente calvinista como éste con los de un deísta romántico como Rousseau.

2. Durante la Revolución francesa desenvolvió Sieyès la doctrina del *Pueblo* (más exacto: de la *Nación)* como sujeto del Poder constituyente. Todavía en el siglo XVIII no había sido designado el príncipe absoluto como sujeto del Poder constituyente, pero sólo porque el pensamiento de una libre decisión de totalidad, adoptada por hombres, sobre modo y forma de la propia existencia política, sólo pudo tomar la forma de un hecho político muy lentamente. Los rastros de las ideas teológico-cristianas del poder constituyente de Dios eran todavía demasiado fuertes y vivos en el siglo XVIII, a pesar de toda la Ilustración. La Declaración americana de Independencia y la Revolución francesa de 1789 significan el comienzo de una nueva época en este respecto, sin que interese conocer en qué medida era consciente el autor de estos precedentes, de la trascendencia de su conducta. En la Declaración americana de Independencia de 1776 no puede reconocerse con plena claridad el principio completamente nuevo, porque aquí surgía una nueva formación política, coincidiendo el acto de dar la Constitución con el de la fundación política de una serie de nuevos *Estados.* Otra cosa ocurre con la Revolución francesa de 1789. Aquí no surgía una

nueva formación política, un nuevo Estado. El Estado francés existía de antes, y seguía existiendo. Aquí se trataba tan sólo de que los hombres mismos fijaban, por virtud de una decisión consciente, el modo y forma de su propia existencia política. Cuando se suscitó ahí conscientemente, y fue contestada, la cuestión del Poder constituyente, aparecía mucho más clara la fundamental novedad de tal fenómeno. Un pueblo tomaba en sus manos, con plena conciencia, su propio destino, y adoptaba una libre decisión sobre el modo y forma de su existencia política.

Esto se pudo ver tan pronto como los Estados generales convocados por el rey se constituyeron, en 17 de junio de 1789, en *Asamblea nacional constituyente.* Al hacerlo, se constituyeron, sin un mandato formal que los legitimase, en diputados del pueblo en ejercicio de su Poder constituyente, y derivaron sus facultades de este Poder. Sieyès formuló la teoría del *pouvoir constituant* de la Nación. El designó, con acierto, como un acto de la Revolución, el que ya se planteara en sus comienzos la distinción entre Poder constituyente y constituido. A pesar del gran influjo operado por el modelo americano, el año 1789 significa el comienzo de este nuevo principio político.

A las Constituciones americanas del siglo XVIII les falta una Teoría constitucional propia. La fuente histórica más importante para los fundamentos teóricos de esa Constitución, el Federalista, ofrece informes, casi únicamente, sobre cuestiones prácticas de organización. El pueblo se da a sí mismo una Constitución, sin que se distinga el *Govenant* general que funda la comunidad y sociedad de todo otro acto constitutivo de una nueva unidad política, y del acto de la libre decisión política sobre la propia forma de existencia; comp. arriba, § 7, I, pág. 80.

Según esta nueva doctrina, la *Nación* es el sujeto del Poder constituyente. Con frecuencia se consideran como de igual significación los conceptos de Nación y Pueblo, pero la palabra «Nación» es más expresiva e induce menos a error. Designa al pueblo como unidad política con capacidad de obrar y con la conciencia de su singularidad política y la voluntad de existencia política, mientras que el pueblo que no existe como Nación es una asociación de hombres unidos en alguna manera de coincidencia étnica o cultural, pero no necesariamente *política.* La doctrina del Poder constituyente del pueblo presupone la voluntad consciente de existencia política, y, por lo tanto, una Nación. Esto llegó a hacerse posible por cuanto Francia había alcanzado a ser, mediante la Monarquía absoluta, una unidad estatal cuya existencia se daba siempre como evidente a pesar de todos los cambios y reformas de la Constitución. El pueblo francés había encontrado en su existencia política su forma de Nación. La decisión consciente a favor de un cierto modo y forma de esta existencia, el acto a través del cual «el pueblo se da una Constitución», presupone ya el Estado, cuyo modo y forma se fija. Pero para el acto mismo, para el ejercicio de esa voluntad, no puede hallarse prescrito procedimiento alguno, y mucho menos para el contenido de la decisión política. «Basta que la Nación quiera.» Este postulado de Sieyès apunta con la mayor claridad a lo esencial del fenómeno.

El Poder constituyente no está vinculado a formas jurídicas y procedimientos; cuando actúa dentro de esta propiedad inalienable, está «siempre en estado de naturaleza».

En el Poder constituyente descansan todas las facultades y competencias constituidas y acomodadas a la Constitución. Pero él mismo no puede constituirse nunca con arreglo a la Constitución. El pueblo, la Nación, sigue siendo el basamento de todo el acontecer político, la fuente de toda la fuerza, que se manifiesta en formas siempre nuevas, que siempre saca de sí nuevas formas y organizaciones, no subordinando nunca, sin embargo, su existencia política a una formulación definitiva.

En algunas manifestaciones de Sieyès aparece el *pouvoir constituant* en su relación con todos los *pouvoirs constitués* en una analogía metafísica respecto de la *natura naturans* y su relación a la *natura naturata* según la doctrina de Spinoza: una última base no creada de todas las formas, pero no susceptible ella misma de ser encerrada en una forma; produciendo eternamente formas nuevas; formando, aforme, todas las formas (comp. *Die Diktatur,* pág. 142). Pero hay que separar la doctrina positiva del Poder constituyente, que corresponde a toda teoría constitucional, de aquella metafísica panteísta; en modo alguno son idénticas. La metafísica de la *potestas constituens* como analogon de la *natura naturans,* pertenece a la doctrina de la teología política.

Incluso el intento de establecer en alguna manera vinculatoria un representante o intérprete regular de la voluntad popular, contradice a esta doctrina. La Asamblea nacional francesa de 1789 no era, formalmente considerada, una Asamblea constituyente. Había sido convocada por el rey y surgía de unas elecciones para una Asamblea de tres estamentos, nobleza, clero, tercer estado, con instrucciones determinadas de los electores. Pero esto no es ninguna razón contra su derecho democrático a constituirse como Asamblea constituyente. Podía remitirse —contra el rey— a la voluntad de la Nación francesa.

Con la doctrina democrática del Poder constituyente del pueblo (que se dirigía contra la Monarquía absoluta existente), ligó Sieyès la doctrina antidemocrática de la *representación* de la voluntad popular mediante la Asamblea nacional constituyente. La Constitución era formulada sólo por la Asamblea nacional (ni por el pueblo, ni por el rey). Hubiera sido lo democráticamente consecuente dejar que el pueblo mismo decidiera, pues la voluntad constituyente del pueblo no puede ser representada sin que la Democracia se transforme en una Aristocracia (comp. abajo, § 16, pág. 215). Pero en 1789 no se trataba de la Democracia, sino de una Constitución liberal burguesa del Estado de Derecho. La Constitución de 1791 era típica de la Monarquía *constitucional:* la «Nación» tenía dos representantes, *rey* y cuerpo legislativo (Representación popular). La cuestión de quién representa a la Nación al emitir la Constitución —si la Asamblea Nacional o el rey— era una clara cuestión de fuerza, y mostraba ya la característica situación intermedia de la burguesía liberal: frente al rey (esto es, la Monarquía), apelación a la «voluntad de la Nación»; frente al pueblo (esto es, la Democracia), apelación a la «representación». Naturalmente, también el rey hubiera podido ser representante de la Nación; pero esto se le discutía ya por lo que se refiere

al ejercicio del Poder constituyente. Los intentos de dar al rey, como representante o intérprete de la voluntad popular, en la Asamblea Constituyente, influencia en la formación de la Constitución, se malograron (Redslob, pág. 71).

3. Durante la Restauración monárquica, 1815-1830, el *rey* se convirtió en sujeto del Poder constituyente. Por virtud del «principio monárquico» permanece en él la plenitud del poder del Estado, incluso cuando se vincula, con vistas al ejercicio de ciertos derechos, en volumen limitado, a la cooperación de los estamentos. La teoría de un poder constituyente del rey fue sostenida ocasionalmente y sin éxito en la Asamblea constituyente de 1789 *(Redslob,* pág. 69). Pero durante la época de la Restauración fue teoréticamente necesario contraponer un Poder constituyente del rey al Poder constituyente del pueblo —que había sido afirmado como clara tesis de la Revolución francesa.

Comprobaciones: *Diktatur,* pág. 195, nota; Perny: *Le pouvoir constituant sous la monarchie de Juillet,* tesis de París, 1901, pág. 13. Cuando E. Zweig, pág. 3, dice que para la «supremacía de organización del monarca no ha transmitido la política científica ninguna expresión técnica de tal especie» (como el Poder constituyente del pueblo), se equivoca.

La posición de la Monarquía era entonces teoréticamente muy difícil. El transferir la doctrina democrática del Poder constituyente del pueblo, sin alterarla, a la Monarquía, y por cierto a una Monarquía hereditaria, era, en el fondo, una simple defensiva, y sólo posible como antítesis externa. Pues la Nación puede cambiar sus formas y darse siempre nuevas formas de su existencia política; tiene la entera libertad de autodeterminación política, puede ser «lo que, aforme, forma». La Monarquía hereditaria, por el contrario, es una *institución* ligada al orden sucesorio de una familia, y, por tanto, formada ya en sí misma. Una dinastía no puede ser considerada, como el Pueblo o la Nación, basamento de toda la vida política.

4. También la organización de una «minoría» puede ser sujeto del Poder constituyente. Entonces el Estado tiene la forma de *Aristocracia* u *Oligarquía.* Sin embargo, la expresión «minoría» induce a error, porque procede de las concepciones numéricas y estadísticas propias de los actuales métodos democráticos, y presupone una minoría partidista. Una minoría de votación no puede, naturalmente, ser sujeto del Poder constituyente, así como tampoco un partido en el sentido actual de una asociación de hombres basada en la «libre recluta». Pero bien puede ser que una organización firme adopte como tal, sin invocar la voluntad de la mayoría de los ciudadanos, las decisiones políticas fundamentales sobre modo y forma de la existencia política; es decir, de una Constitución. Puede tratarse —como en las Aristocracias antiguas o medievales— de un círculo de ciertas *familias,* o bien de un *orden,* o de otro grupo formado en sí. El siglo XIX no conoce tales casos de Poder constituyente. En el siglo XX, el dominio de los «Consejos» en Rusia, en su vinculación a la organización comunista, así como el dominio del «Fascio» en Italia, contiene elementos de una nueva

especie de formas aristocráticas. Pero la construcción teórica y práctica no es aún nada clara, y no se renuncia definitivamente a invocar la voluntad del pueblo, para cuya verdadera y no falseada expresión hay que crear primero los supuestos. Tales regímenes son, pues, dictadura, también en el sentido de que representan sólo un tránsito, quedando pendiente todavía la decisión definitiva sobre modo y forma de la existencia política. Aquí lo único definitivamente decidido es la recusación del método *liberal* de decisión mayoritaria por sufragio universal, igual y directo, de todos los ciudadanos, así como de los principios del *Estado burgués de Derecho* (derechos fundamentales y distinción de poderes; comp. § 12, pág. 138). Mientras tanto, éste es, en todo caso, un acto de constitución.

III. *Actividad del poder constituyente.*

1. No puede darse un procedimiento regulado al cual se encuentre vinculada la actividad del poder constituyente.

2. La actividad del poder constituyente del Monarca se regula a sí misma, sencillamente, por cuanto que la Monarquía absoluta es una institución establecida. Aquí nos encontramos ya en presencia de una organización constituida. Esto tiene una ventaja práctica y teórica, consistente en que hay una entidad firme cuyas manifestaciones de voluntad son claras. Pero las desventajas prácticas y teóricas son aún mayores. Pues la organización e institución de la Monarquía descansa en el principio dinástico, es decir, en la sucesión hereditaria dentro de una familia, y, por lo tanto, no en conceptos específicamente políticos, sino en los del Derecho de familia.

El Rey manifiesta su poder constituyente *emitiendo,* desde la plenitud de su poder, una Constitución, *otorgada* por acto unilateral. Puede entenderse con representantes de los estamentos o del pueblo y vincularse a su cooperación o anuencia. Esto no requiere renuncia al poder constituyente —según se ha comprobado arriba (§ 6, II, 7, pág. 73)—, ni contiene un reconocimiento del poder constituyente del pueblo.

3. El *pueblo* manifiesta su poder constituyente mediante cualquier expresión recognoscible de su inmediata voluntad de conjunto dirigida hacia una decisión sobre modo y forma de anuencia de la unidad política. De la peculiaridad del sujeto de este poder constituyente se deducen cuestiones y dificultades especiales.

a) El Pueblo, como titular del poder constituyente, no es una instancia firme, organizada. Perdería su naturaleza de pueblo si se erigiera para un normal y diario funcionamiento y para el despacho ordinario de asuntos. Pueblo no es, por su esencia, magistratura, ni nunca —tampoco en una Democracia— autoridad permanente. De otra parte, el pueblo necesita ser, en la Democracia, capaz de decisiones y actuaciones políticas. Incluso cuando sólo en pocos momentos decisivos tiene y manifiesta una voluntad decisiva, es capaz, sin embargo, de una tal voluntad, y está en condiciones y es apto para decir *sí* o *no* a las cuestiones fundamentales de su existencia política. La fuerza, así como también la debilidad del pueblo, consiste en que no es una instancia formada con competencias circunscritas y capaz

de despachar asuntos dentro de un procedimiento regulado. Tan pronto como un pueblo tiene la voluntad de existencia política, es superior a toda formalidad y normación. Tampoco puede ser disuelto, como que no es una entidad organizada. En tanto que existe y quiere seguir existiendo, su fuerza vital y energía es inagotable, y siempre capaz de encontrar nuevas formas de existencia política. La debilidad consiste en que el pueblo ha de decidir sobre las cuestiones fundamentales de su forma política y su organización, sin estar formado u organizado él mismo. Por eso pueden desconocerse, interpretarse mal o falsearse con facilidad sus manifestaciones de voluntad. Corresponde a la inmediatez de esta voluntad popular el poder exteriorizarse con independencia de todo procedimiento prescrito y todo método prescrito. Hoy se fija, en la práctica política de la mayor parte de los países, la voluntad del pueblo mediante un procedimiento de votación secreta o elección secreta (comp. abajo, 3). Sería un error —y por cierto un error antidemocrático— el tener por norma absoluta y definitiva de la Democracia estos métodos del siglo XIX. La voluntad del pueblo de darse una Constitución puede sólo demostrarse mediante el hecho, y no mediante la observación de un procedimiento normativamente regulado. Y claro está que tampoco puede ser enjuiciado a base de leyes constitucionales anteriores o en vigor hasta el momento.

b) La forma natural de la manifestación inmediata de voluntad de un pueblo es la voz de asentimiento o repulsa de la multitud reunida, la *aclamación*. En los grandes Estados modernos, la aclamación, que es una manifestación natural y necesaria de vida de todo pueblo, ha cambiado su forma. Se manifiesta como «opinión pública» (abajo, § 18, 3, pág. 240). Pero siempre puede el pueblo decir *sí* o *no*, asentir o rechazar; y su *sí* o *no* será tanto más sencillo y elemental cuanto más se trate de una decisión fundamental sobre la propia existencia común. En tiempos de orden y paz, semejantes manifestaciones son raras e innecesarias. El que no se dé a conocer ninguna manifiesta y especial voluntad, significa precisamente asentimiento para que subsista la Constitución presente. En tiempos críticos, el *no* que se dirige contra una Constitución existente será claro y decisivo sólo como negación, en tanto que la voluntad positiva no es tan segura. Sin embargo, suele residir en ese *no,* por sí mismo, la afirmación de una forma de existencia que se ofrece como contrapuesta. El pueblo alemán negó en noviembre de 1918 el principio monárquico existente hasta entonces. Esto significa por sí mismo República. Pero con ello quedaban incontestadas todavía las últimas posibilidades de formación de esta República —Democracia (constitucional) del Estado burgués de Derecho, o República socialista de Consejos—. El *no* frente a una República burguesa del Estado de Derecho hubiera significado, a su vez, según la situación de las cosas: vuelta a la Monarquía, Dictadura, sistema de Consejos o cualquier otra forma política. La voluntad constituyente del Pueblo se manifiesta siempre en su *sí* o *no* fundamental y adopta así la decisión política que da contenido a la Constitución.

c) La voluntad constituyente del pueblo es inmediata. Es anterior y superior a todo procedimiento de legislación constitucional. Ninguna ley constitucional, ni tampoco una Constitución, puede señalar un poder constituyente y prescribir la forma de su actividad. La ulterior ejecución y formulación de la decisión política adoptada inmediatamente por el pueblo requiere alguna organización, un procedimiento, para el cual ha desarrollado la práctica de la moderna Democracia ciertas prácticas y costumbres de que ahora trataremos.

4. En la Democracia moderna se ha formado la práctica de una llamada Asamblea nacional constituyente democrática, es decir, elegida según los postulados fundamentales del sufragio universal e igual, como procedimiento «democrático» reconocido. Habrá de venir siempre que haya sido abolida una Constitución y haya que dar otra nueva. Sin embargo, la convocatoria de una «Asamblea nacional constituyente» no es el único procedimiento democrático imaginable. Antes bien, se han introducido en democracias modernas otras clases de ejecución y formulación de la voluntad constituyente del pueblo.

a) La *Asamblea nacional que acuerda y despacha* (normaciones legal-constitucionales): una Asamblea elegida según los postulados democráticos fundamentales, comisionada especialmente para la formulación y normación de las determinaciones legal-constitucionales, acuerda el texto de las leyes constitucionales y las expide. Una normación legal-constitucional así surgida, entra en vigor por acuerdo de simple mayoría, sin que pueda tener lugar un referéndum sobre el proyecto aprobado; por lo tanto, sin confirmación por parte de los ciudadanos con derecho a voto.

Ejemplo: La Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919 (art. 181). «El pueblo alemán, por medio de su Asamblea nacional, ha acordado y expedido esta Constitución. Entra en vigor el día de su promulgación.» Aquí habría que observar que la Asamblea nacional sola ha acordado la formulación legal-constitucional, y el pueblo alemán, como titular del Poder constituyente, no puede, naturalmente, proponerse un acto formal, cual la expedición de una ley. Este artículo de la Constitución de Weimar enuncia tan sólo que la normación legal-constitucional debe entrar en vigor por virtud del acuerdo mayoritario de la Asamblea nacional, sin un otro acto especial de formal asentimiento del pueblo alemán; el asentimiento está más bien contenido ya en las elecciones a la Asamblea nacional.

También la Constitución francesa de 1791 fue puesta en vigor por acuerdo mayoritario de la Asamblea nacional constituyente, sin que hubiera tenido lugar un plebiscito. Sobre las otras singularidades de la aprobación de esta primera Constitución de Europa, comp. abajo, en *e)*.

b) La Asamblea (Convención) que *proyecta* (normaciones legal-constitucionales) con inmediato referéndum u otra confirmación, directa o indirecta, del proyecto, por los ciudadanos con derecho a voto.

La palabra Convención es la expresión técnica para una corporación elegida de intento con el cargo de elaborar el *proyecto* de la normación legal constitucional. La

expresión procede de la revolución inglesa; las «Convenciones» de 1660 y 1689 eran gobiernos provisionales para crear una situación constitucional (E. Zweig, pág. 49). Con la práctica de los Estados americanos y el célebre ejemplo de la Convención nacional francesa de 1792, la palabra ha recibido la significación de una Asamblea que elabora el proyecto de la normación legal-constitucional.

La Convención nacional francesa proclamó como postulado fundamental, en el decreto de 21 de septiembre de 1792, que toda Constitución había de ser expresamente confirmada por el pueblo *(qu'il ne peut y avoir de Constitution que celle qui est acceptée par le peuple)*. La Constitución de esta Convención de 24 de junio de 1793 fue, pues, sometida al pueblo, es decir, a las Asambleas de los primitivos electores, para su aceptación. Fue aceptada casi por unanimidad (Duguit-Monnier, pág. 41). Sin embargo, no entró en vigor, porque la Convención nacional suspendió la situación constitucional e introdujo la dictadura de los jacobinos *(le gouvernement révolutionnaire)*, durante la cual se gobernó con *medidas*, no con actos formales de legislación, etc. La misma Convención nacional acordó más tarde otra Constitución, la del año III, de 22 de agosto de 1795 (llamada Constitución directorial). Fue igualmente sometida al asentimiento de los electores, e igualmente aceptada por gran mayoría (Duguit-Monnier, pág. 62).

c) Especialidades en caso de Convención para una Constitución federal. Aquí, la Constitución puede ser sometida al asentimiento del pueblo de los distintos Estados-miembros.

La Constitución federal de los Estados Unidos de América, de 1787, fue proyectada por una *Convención*, sometida después a los Estados reunidos en *Congreso*, recomendada por este Congreso su aceptación al pueblo de los distintos Estados y, por último, aceptada en cada uno de los trece Estados por Convenciones especiales de ratificación, es decir, Asambleas elegidas de propósito para este fin. Sobre las grandes dificultades de este procedimiento y las mayorías, con frecuencia muy insignificantes y casuales, comp. la descripción de James Beck, *La Constitución de los Estados Unidos (Die Verfassung der Vereinigten Staaten)*, cap. XV, ed. alemana de A. Friedmann, 1926, páginas 207 y siguientes.

La Constitución de Weimar no fue especialmente ratificada por los ciudadanos con derecho a voto de los distintos Países, ni tampoco por sus Asambleas nacionales. En las deliberaciones de la Constitución de Weimar sostuvieron, sin embargo, la necesidad de ratificación de la Constitución del Reich por las Asambleas nacionales de los Estados el Enviado bávaro v. Preger y el diputado Beyerle *(Prot.*, págs. 24-26). Por el contrario, muy decidido, H. Preuss, quien —como Poetzsch, *Komm.*, pág. 11, observa con razón— tenía de su parte la lógica democrática; comp. arriba, § 7, pág. 84; abajo, § 30, pág. 368.

d) Plebiscito general sobre una propuesta surgida de un modo cualquiera, o sobre una nueva ordenación y regulación introducida de un modo cualquiera.

En cuanto a esto, existió la práctica de los plebiscitos napoleónicos: Constitución consular del año VIII, 1799 (tres cónsules, entre ellos Napoleón Bonaparte); en el artículo 95 se preveía el plebiscito, sin embargo de lo cual la Constitución recibió trato de ley constitucional vigente ya antes de la aceptación; Senado-consulto del año X, 1802: Napoleón primer cónsul de por vida; Senado-consulto del año XII, 1804: Na-

poleón, Emperador de los franceses, y el Imperio, hereditario en la familia Bonaparte; 1815 (durante los Cien días), plebiscito sobre el *Acte Additionnel:* plebiscito del 14 de diciembre de 1851: el Presidente de la República, Luis Napoleón, encargado, con el gobierno, mediante plenos poderes, de dar una Constitución; 21-22 de noviembre de 1852: Napoleón III, Emperador de los franceses.

En todos estos plebiscitos hubo mayorías inmensas que votaron «sí». El influjo electoral del Gobierno napoleónico fue bastante fuerte y desconsiderado; estropeó la finalidad del plebiscito haciendo sospechosa la expetiencia democrática. En teoría, este método corresponde al principio democrático y al pensamiento del Poder constituyente del pueblo. El que el pueblo dijera «sí» en estos plebiscitos para aquella nueva ordenación se explica, de otra parte, no sólo por influjos electorales, sino también porque el pueblo francés no tenía entonces otra voluntad que la de paz civil y orden. La mayoría de los ciudadanos se inclina, en general, a ceder a otros la decisión política y contestar siempre a las cuestiones propuestas de manera que la respuesta contuviera un mínimum de decisión. Por eso, se asiente con facilidad a un hecho consumado. En estos plebiscitos napoleónicos el «no» hubiera significado inseguridad y desorden, mientras que el «sí» tan sólo asentimiento rencoroso a un hecho consumado, conteniendo así el mínimum de decisión propia (comp. sobre esto, abajo, la crítica del postulado «la mayoría decide», § 21, IV, pág. 270).

e) Excepciones y casos especiales en esta práctica democrática.

La *Constitución francesa de 1791* fue acordada, según ya se ha dicho (pág. 95), por una Asamblea nacional que no había sido elegida según los postulados democráticos fundamentales del Derecho electoral general, sino que surgió cuando, en 17 de junio de 1789, de los representantes comisionados de los tres Estamentos (nobleza, clero y burguesía), se constituyeron en Asamblea nacional constituyente los representantes del tercer estado. Sería un formalismo especialmente extraviado, en estas cuestiones de la Teoría constitucional democrática, negar a esa primera Asamblea nacional el carácter de encargada por el Poder constituyente del pueblo. Sin duda ninguna, se puso en vigor ahí la voluntad de la Nación francesa; frente a esto, tiene una significación sólo relativa el procedimiento de una elección o votación especial.

La *Constitución de Checoslovaquia,* de 29 de febrero de 1920, no fue acordada por una Asamblea nacional elegida según los postulados fundamentales del Derecho electoral general, sino por una Asamblea integrada sólo por delegados de los partidos checos y eslovacos. De 13,6 millones de habitantes de ese Estado quedaban sin representar casi cinco millones: todas las partes no eslavas y, en particular, la parte alemana del pueblo. No tuvo lugar una ratificación por plebiscito. (Sobre esta Constitución «otorgada», Franz Adler, *Die Grundgedanken der tschechoslowakischen Verfassung, Quellen und Studien,* edición del Instituto de Europa oriental en Breslau, Sec. «Derecho», nueva serie, t. III, 1927, págs. 10-11; F. Weyr, *Jör.,* XI, 1922, pág. 352.)

§ 9

LEGITIMIDAD DE UNA CONSTITUCION

I. *Clases de legitimidad de una Constitución.* Una Constitución es legítima —esto es, reconocida, no sólo como situación de hecho, sino también como ordenación jurídica— cuando la fuerza y autoridad del Poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida. La decisión política adoptada sobre el modo y forma de la existencia estatal, que integra la sustancia de la Constitución, es válida, porque la unidad política de cuya Constitución se trata, existe, y el sujeto del Poder constituyente puede fijar el modo y forma de esa existencia. No necesita justificarse en una norma ética o jurídica; tiene su sentido en la existencia política. Una norma no sería adecuada a fundar nada aquí. El especial modo de la existencia política no necesita ni puede ser legitimado.

Históricamente, pueden distinguirse dos clases de legitimidad —la dinástica y la democrática—; correspondientes a los dos sujetos del Poder constituyente que históricamente hay que considerar: príncipe y pueblo. Donde prepondera el punto de vista de la *autoridad,* será reconocido el Poder constituyente del rey; donde el punto de vista de la *maiestas populi* domina, la validez de la Constitución descansará en la voluntad del pueblo. Sólo puede hablarse de la legitimidad de una Constitución por razones históricas, y siempre bajo el punto de vista de la distinción entre legitimidad dinástica y democrática. En realidad, se trata con esto de la cuestión de la forma de existencia de una unidad política.

II. *Legitimidad de una Constitución no significa que haya sido tramitada según leyes constitucionales antes vigentes.* Tal idea sería especialmente absurda. Una Constitución no se pone en vigor según reglas superiores a ella. Además, es inconcebible que una Constitución *nueva,* es decir, una nueva decisión política fundamental, se subordine a una Constitución an-

terior y se haga dependiente de ella. Allí donde se va hacia una nueva Constitución por abolición de la anterior, no es «legítima» la nueva porque la vieja haya sido abolida. Entonces, la vieja Constitución abolida seguiría en vigor. Así, pues, nada tiene que ver la cuestión de la coincidencia de la Constitución nueva y la vieja, con la cuestión de la legitimidad. La legitimidad de la Constitución de Weimar se apoya en el Poder constituyente del pueblo alemán. El hecho de que esta Constitución haya surgido mediante abolición de la anterior, de 1871, podía llevar, a lo sumo, a considerarla ilegítima desde el punto de vista de la legitimidad dinástica, del Poder constituyente del monarca, pero nada más. Igualmente, y a la inversa, es ilegítima, desde el punto de vista de la legitimidad democrática, toda Constitución otorgada, emitida por el Rey sobre la base del principio monárquico. Pero es enteramente imposible aplicar a una nueva Constitución la medida de si ha sido aprobada bajo el patrón de anteriores reglas y formalidades legal-constitucionales, planteando así la cuestión de si, por ejemplo, las determinaciones de la Constitución de Weimar han surgido de acuerdo con los preceptos de procedimiento previstos para reforma constitucional en el artículo 78 de la vieja Constitución del Reich. Una Constitución nueva no puede someterse en tal modo a anteriores normaciones que ya no están en vigor, y es un juego de conceptos desprovisto de significación y sólo comprensible por una mal entendida exigencia de normatividad el plantear la cuestión de si se han seguido o no —para una nueva Constitución, que se encuentra en vigor sin duda— los preceptos adoptados para su propia revisión por una Constitución anterior que ya no rige.

Certeramente dice W. Burckhardt, *Verfassungs- und Gesetzesrecht, Politiches Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaften,* tomo XXVI, 1910, pág. 48: «¿Se puede medir razonablemente la juridicidad de una nueva Constitución con los preceptos de su antecesora? Esa es la cuestión. Si la Constitución actual hubiera de ser no-jurídica porque sus autores no se han atenido a las prescripciones de la anterior, habría que preguntar ante todo si ésta, a su vez, había sido jurídica, etc., y cuando retrocediendo en el tiempo se hubiera tropezado con *una* Constitución no-jurídica, todas las otras serían también no-jurídicas, porque aquélla no podía dar vida, por aprobación del pasado, a éstas, que derivan del presente su derecho a la existencia. ¿Cuál hubiera sido el sentido y la finalidad de todas estas afirmaciones sobre la juridicidad de una Constitución? Hubiera significado machacar en hierro frío.» Cuando, por lo demás, Burckhardt plantea la cuestión general: «¿Puede una Constitución prescribir, obligando en Derecho, cómo debe ser cambiada?» (pág. 46) y contesta denegando, esta denegación general se basa en la confusión, aludida con diversas ocasiones, de Constitución en sentido propio y leyes constitucionales. Puede prescribirse mediante ley constitucional cómo deben cambiarse las leyes constitucionales.

Expresiones como «legitimidad» o «ilegitimidad», se usan, a pesar de eso, con lastimosa frecuencia en el sentido de que sólo puede designarse como «legítima» una Constitución cuando ha surgido de conformidad con un procedimiento de *revisión* constitucional regulado en ley constitucional anteriormente válida.

El Tribunal del Reich dice en la conocida sentencia, Asuntos civiles, t. 100, página 25: «Al nuevo poder público (los Consejos de trabajadores y soldados), creado por la revolución, no puede negársele el reconocimiento jurídico-político. La antijuridicidad de su establecimiento no se opone a ello, porque la juridicidad del establecimiento no es una nota esencial del poder público. El Estado no puede subsistir sin un poder público. Con la supresión del viejo poder, se pone en su lugar el nuevo poder, que lo sustituye.» Estos postulados muestran sin más la inanidad de la cuestión de si la Constitución de Weimar ha surgido «jurídicamente», es decir, mediante el procedimiento del artículo 78 de la Constitución suprimida. Hablan, por lo demás, sólo del «poder público», no de la «Constitución», pero valen también para Constitución entendida en un recto concepto y pueden trasladarse asimismo con razón a la Constitución de Weimar, p. ej., en Anschütz, *Kommentar,* pág. 5. A esto hay que observar: 1. No puede hablarse de legitimidad de un Estado o de un poder público. Un Estado, la unidad política de un pueblo, existe, y existe en la esfera de lo político; es tan poco susceptible de justificación, juridicidad, legitimidad, etc., como si en la esfera del Derecho privado se quisiera fundamentar normativamente la existencia del individuo humano vivo (comp. *Der Begriff des Politischen. Archiv für Sozialwissenschaften,* t. 58, 1927, págs. 1 y sigs.).

Estado y poder público son la misma cosa. No hay Estado sin poder público, ni poder público sin Estado; el cambio de los hombres que ejercitan el poder público y el cambio de la ordenación estatal, no suprimen la continuidad de la unidad política. 3. La abolición de una Constitución y la emisión de otra nueva afecta al problema del Poder constituyente (comp. sobre esto, abajo, § 10). 4. La legitimidad de una Constitución afecta en todo caso a este problema del Poder constituyente, pero no al de la coincidencia con las reglas de leyes constitucionales que ya no están en vigor.

El modo corriente de hablar confunde la constitucionalidad de una Constitución con la licitud de una reforma constitucional. Pero *Constitución constitucional* no es, ni un completo absurdo, ni una vacua trivialidad. Cuando la propia Constitución decide que es constitucional y por ello se la reconoce como tal, no adquiere con esto ninguna nueva propiedad: pues toda Constitución vigente es, como puede comprenderse, constitucional. Una norma no puede legitimarse a sí misma: su validez se apoya en la voluntad existencial de quien la emite. Pero «Constitución constitucional» debe significar tan sólo: constitucional en el sentido de leyes constitucionales que ya no están en vigor; así se aclara sin más la contradicción, pues leyes que ya no están en vigor no pueden prestar ninguna propiedad apreciable de validez y juridicidad.

III. La *legitimidad dinástica* se apoya en la autoridad del monarca. Como un hombre aislado alcanza raramente desde su ser individual esa significación política, tampoco puede estar en el príncipe como individuo el Poder constituyente. Lleva hacia la legitimidad dinástica, que se apoya en la permanente histórica de una *familia* vinculada al Estado, en la continuidad de la dinastía y de la *sucesión hereditaria.*

La *legitimidad democrática* se apoya, por el contrario, en el pensamiento de que el Estado es la unidad política de un *Pueblo.* Sujeto de esta definición del Estado es el Pueblo; Estado es el *status* político de un Pueblo. Modo y forma de la existencia estatal, se determinan, según el principio de la legitimidad democrática, por la libre voluntad de un Pueblo. La voluntad constituyente del pueblo no está vinculada a ningún determinado procedimiento. Ya antes se ha expuesto que la actual práctica de las Cons-

tituciones democráticas ha dado lugar a ciertos métodos, sea el de la elección de una Asamblea constituyente, sea el de una votación popular. Con frecuencia se ligan estos métodos al pensamiento de la legitimidad democrática, insertando un cierto procedimiento en el concepto de legitimidad, y caracterizando después como verdaderamente democráticas sólo aquellas Constituciones que han encontrado la aprobación de una mayoría de ciudadanos formada en el procedimiento de votación individual secreta. Ya se ha dicho, y habrá que volver sobre ello, que estos métodos de votación individual secreta son problemáticos, precisamente desde el punto de vista de una Democracia auténtica. También es siempre posible y fácil de reconocer un acuerdo tácito del pueblo. En la simple participación en la vida pública fijada por una Constitución, puede verse, por ejemplo, una conducta concluyente, mediante la cual basta a manifestarse con claridad la voluntad constituyente del pueblo. Esto puede decirse de la participación en las elecciones que una cierta situación política comporta.

Bierling, *Juristische Prinzipienlehre,* 1898, II, págs. 363-4, dice que toda «norma jurídica otorgada puede alcanzar una validez jurídica verdadera, incluso con un reconocimiento rencoroso de los miembros de la comunidad jurídica, como cualquier ordenamiento jurídico revolucionario»: en todo momento, es «sólo el reconocimiento general de las normas establecidas» el que produce la juridicidad. Y, pág. 357: «la aceptación de las elecciones para este Reichstag constituyente (1867) envolvía entonces un pleno e inequívoco reconocimiento previo de la Constitución a pactar con él (por los Gobiernos federales)».

De esta manera puede adjudicarse a las más distintas Constituciones el carácter de la legitimidad democrática, en tanto se basen en el Poder constituyente del pueblo, presente siempre, incluso cuando sólo actúa por la tácita.

§ 10

CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA DEL PODER CONSTITUYENTE Y, EN PARTICULAR, DEL PODER CONSTITUYENTE DEL PUEBLO

I. *Permanencia del Poder constituyente.* El Poder constituyente se ejercita mediante el acto de la decisión política fundamental. La ejecución y formulación de ésta puede abandonarse a encargados especiales, por ejemplo, a una llamada Asamblea nacional constituyente. También puede existir, a base de las normas legal-constitucionales así surgidas, un dispositivo legal-constitucional para «reformas» o «revisiones» de leyes constitucionales. Pero el Poder constituyente mismo debe ser distinguido de éstas. No es susceptible de traspaso, enajenación, absorción o consunción. Le queda siempre la posibilidad de seguir existiendo, y se encuentra al mismo tiempo y por encima de toda Constitución, derivada de él, y de toda determinación legal-constitucional, válida en el marco de esta Constitución.

La inalienabilidad del *pouvoir constituant* del pueblo fue puesta de relieve por Sieyès. Hay que observar que en Sieyès se trata tan sólo de la doctrina democrática del Poder constituyente del pueblo, que se contrapone al absolutismo real. El Poder constituyente de un pueblo no puede ser aniquilado; luego, en quedando garantizada la existencia política, entra en escena otro sujeto del Poder constituyente, p. ej., un monarca como titular de dicho poder. Pero el Poder constituyente no se extingue por un acto de su ejercicio. Mucho menos, se apoya en ningún título jurídico. Cuando el monarca renuncia voluntariamente a su Poder constituyente y reconoce el Poder constituyente del pueblo, este último no descansa en el título jurídico consistente en la renuncia del rey. Su razón de eficacia está exclusivamente en su existencia política.

La Constitución francesa de 24 de junio de 1793 formuló el principio democrático del Poder constituyente del pueblo en el artículo 28: «Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, de reformar y de cambiar su Constitución» *(Un peuple a toujours le droit de révoir, de réformer et de changer sa Constitution);* literalmente igual, el pro-

yecto de la Constitución girondina de 1793, art. 93. En esta formulación es de singular interés que no sólo contiene el derecho a las revisiones constitucionales, sino también a las supresiones.

Un modo de pensar extendido deduce de razones de comodidad política y jurídica que una Constitución puede ser suprimida tan sólo observando el procedimiento constitucionalmente regulado para la reforma de las leyes constitucionales. El argumento: «porque no puede ser lo que no debe ser» conduce aquí a consecuencias manifiestamente absurdas.

Donde subsiste un Poder constituyente hay siempre por eso también un mínimum de Constitución que no necesita ser afectado por el quebrantamiento de leyes constitucionales, revolución y golpes de Estado, en tanto permanezca al menos el fundamento de la Constitución, el Poder constituyente, sea del rey, sea del pueblo. La práctica de los plebiscitos napoleónicos (arriba, § 8, III, 4 d, pág. 102) descansaba en el principio democrático del Poder constituyente del pueblo; las violaciones constitucionales podían así ser corregidas fácilmente por el asentimiento del pueblo. En todo caso, hay que distinguir ya con claridad la supresión o quebrantamiento de las *leyes constitucionales,* la supresión de la *Constitución,* es decir, de las decisiones políticas fundamentales, y la supresión del *Poder constituyente* (del rey o del pueblo). La supresión revolucionaria de una Constitución puede designarse en ciertas circunstancias con algún derecho como simple reforma constitucional; pero, claro está, en el supuesto de la permanencia del sujeto del Poder constituyente.

Así, habla H. Preuss, en las deliberaciones de la Constitución de Weimar, de que ésta —surgida mediante supresión revolucionaria de la antigua Constitución, sin duda alguna— significaba una «reforma constitucional» de la última. «Lo que nosotros nos proponemos es una reforma constitucional motivada por cierta circunstancia y mediante determinados acontecimientos» *(Prot.,* pág. 28). Esta declaración es chocante en boca de un destacado maestro de Derecho político y de un singular conocedor del Derecho constitucional democrático. Se explica por la idea, no formulada con claridad, sin embargo, de que ya el anterior Imperio alemán descansaba en la voluntad del pueblo alemán y, por tanto, en su Poder constituyente. La nueva Constitución llevaría adelante ese permanente mínimum. Anschütz *(Komm.,* pág. 3) dice: «La revolución no ha destruido el Reich, sino sólo reformado su Constitución.» Tampoco esto se explica, si se estima jurídicamente exacto, más que por la permanencia del Poder constituyente del pueblo alemán. Sin embargo, hubiera sido más exacto hablar de abolición que de reforma de la Constitución (comp. abajo, § 11, I, pág. 115).

II. *Continuidad del Estado en el caso de abolición y quebrantamiento de la Constitución mientras subsista, idéntico, el Poder constituyente.*

1. Una Constitución que surgió como acto del Poder constituyente deriva de este Poder, y por eso no puede portar en sí misma la continuidad de la unidad política. Aún menos pueden producir tal continuidad normaciones legal-constitucionales que se apoyan en el basamento de esta Constitución, y sólo significan la ejecución de la decisión política fundamentadora. La unidad política como un todo puede seguir subsistiendo a pesar

de las reformas y cambios de Constitución. Si una Constitución es suprimida o una ley constitucional quebrantada, eso es siempre anticonstitucional o contrario a la ley constitucional, pues ésta no puede violarse a sí misma o suprimirse por su propia fuerza. Pero el Poder constituyente no se suprime con eso. Se hace activo de nuevo frente a la nueva situación; así, pues, la nueva Constitución es emanación del mismo Poder constituyente que la anterior Constitución suprimida, y se apoya en el mismo principio. La continuidad está entonces en el basamento común, y no puede plantearse el problema de la continuidad del Estado, ni desde el punto de vista del Derecho internacional, ni desde el del Derecho estatal.

En las revoluciones francesas y golpes de Estado de 1848, 1851, 1852 y 1870, ocurrió un cambio constitucional con quebrantamiento o supresión de las Constituciones existentes hasta el momento, pero con mantenimiento y reconocimiento del Poder constituyente del pueblo francés. No surgió aquí el problema de una discontinuidad del Estado francés.

2. El que en este caso no quede suprimida, *desde el punto de vista del Derecho internacional,* esto es, en relación con otros Estados, la continuidad de la unidad política, es un hecho generalmente reconocido.

Desde el punto de vista del Derecho estatal se deduce de esta continuidad que las anteriores leyes y ordenanzas siguen en vigor sin más, es decir, sin un especial acto de recepción, en tanto no contradigan a la nueva regulación. Incluso determinaciones contenidas en Constituciones anteriores pueden seguir en vigor, si bien como simples leyes.

Así, continúa en vigor la determinación del artículo 75 de la Constitución francesa del año VIII (1799) sobre la anuencia del Gobierno para la persecución judicial de funcionarios de la Administración, a pesar de todas las supresiones y quebrantamientos constitucionales sobrevenidos entre tanto; sobre esto, Esmein-Nézard, páginas 580-81. En las Constituciones alemanas de la Monarquía constitucional, nacidas a consecuencia de la revolución de 1848, se da una continuidad sobre la base del principio monárquico. También aquí siguen valiendo, por eso, las anteriores leyes, órdenes de gabinete, etc., sin recepción especial.

Sobre la continuidad del Reich alemán en la revolución de noviembre de 1918 y después de la Constitución de Weimar, comp. abajo, III, 2.

III. *El problema de la continuidad en caso de cambio del sujeto del Poder constituyente* (destrucción de la Constitución).

1. En vías revolucionarias puede ser suprimida, no sólo la legislación constitucional y la Constitución, sino también la especie de Poder constituyente que existía hasta entonces, y, por tanto, el fundamento de la Constitución hasta entonces existente. Mediante una revolución democrática, por ejemplo, puede ser suprimido el Poder constituyente del monarca, y mediante un golpe de Estado o una revolución monárquica, el Poder constituyente del pueblo. Aquí tenemos un cambio del Poder constituyente y una completa *destrucción de la Constitución.*

Ejemplos: 1789 y 1793 en Francia (supresión de la Monarquía absoluta del rey); 1917-18 en Rusia (supresión de la Monarquía zarista).

En tales revoluciones fue impugnada por los nuevos Gobiernos en dos importantes casos la continuidad de la unidad política, tanto desde el punto de vista estatal como desde el internacional.

El gobierno jacobino de 1793 representó el punto de vista de que un pueblo libre no necesita pagar las deudas que un «tiempo» (el anterior gobierno monárquico) ha contraído. En mayo de 1922 invocó el gobierno soviético ruso, durante la conferencia de Génova, este precedente para negarse a pagar las deudas de la Rusia zarista. En el gran complejo de esa cuestión del cumplimiento de las obligaciones de los antiguos gobiernos rusos interesa sólo aquel argumento que se apoya en que no debe haber continuidad ninguna en el caso de cambio del Poder constituyente. Los dos casos, 1793 y 1917, fueron los únicos ejemplos en que se impugnó la continuidad.

Pero corresponde precisamente a la lógica de una Constitución democrática el aceptar también en tales casos una continuidad. Pues la doctrina democrática no conoce consecuentemente otra Constitución legítima que la que se apoye en el Poder constituyente del pueblo. Por eso, es posible referir a la voluntad expresa o tácita del pueblo toda Constitución que haya regido, cualquiera que sea la clase de *gobierno,* es decir, la forma del ejercicio de esta voluntad. En otro caso, según esta doctrina, no hay Estado ni unidad política, sino un absurdo aparato de Poder, un sistema de despotismo y tiranía.

Esta es la teoría del *Contrat social* de Rousseau. En realidad, no habla expresamente de un poder del Pueblo, especial y específicamente constituyente, pero sí de *lois politiques* o *lois fondamentales,* que regulan las relaciones del soberano (pueblo) con el gobierno (lib. II, cap. 12). Estas leyes son leyes constitucionales, y como tales, relativas, esto es, derivadas y limitadas en principio; se apoyan en la voluntad soberana del pueblo; mediante ellas puede fundarse una forma de gobierno monárquica, aristocrática, o democrática, pero el pueblo sigue siendo siempre soberano. Incluso la Monarquía más absoluta sería, sólo, forma de gobierno, dependiente de la voluntad soberana del pueblo.

2. *Continuidad del Reich alemán 1918/19.* Cuando un Estado descansa sobre una base nacional y el pueblo tiene una voluntad consciente de existencia política a base de esa unidad nacional, es siempre posible considerar esa voluntad como la base adecuada de *toda* Constitución del Estado. Aquí puede encontrarse con facilidad una correspondiente construcción del Poder constituyente del pueblo. El Imperio alemán de la Constitución de 1871 puede ser considerado como un Estado que se apoyaba en la voluntad nacional del pueblo. No era sólo una federación de los Estados-miembros, sino, como acertadamente dice Anschütz *(Kommentar,* página 2), «ante todo, también el Estado alemán como Estado total, como comunidad nacional». El pueblo alemán tenía en todo caso la voluntad de

unidad política sobre base nacional cuando todavía no tenía la voluntad de abolir el principio monárquico y darse a sí mismo, exclusivamente por virtud de propia decisión política, una Constitución. Que la situación constitucional tal como existió desde 1871 tenía el asentimiento del pueblo alemán no ofrece duda después de la aclamación de la guerra de 1870 y de la fundación del Imperio de 1871; además (comp. arriba, § 6, pág. 76), esta Constitución fue pactada con un Reichstag elegido por el pueblo alemán. Aquí, pues, la correspondiente construcción de un Parlamento democrático no es una ficción, aun cuando no fuera reconocido en modo alguno el Poder constituyente del pueblo alemán en la Constitución de 1871, y en las Monarquías constitucionales de los distintos Estados se diera como supuesto en realidad el principio monárquico. Esta voluntad de unidad política sobre base nacional del pueblo alemán subsiste después de noviembre de 1918 y alcanza a establecer una continuidad de base democrática del Reich alemán de la Constitución de Weimar, 1919, con el de la Constitución de 1871.

La cuestión es una de las que suelen disputarse en la literatura jurídico-política de la Constitución de Weimar, si bien las consecuencias prácticas de las distintas respuestas no son muy diversas, ni desde el punto de vista del Derecho internacional, pues el traspaso de las obligaciones internacionales del viejo al nuevo Reich no fue discutido, ni desde el punto de vista del Derecho estatal, pues por la ley transitoria de 4 de marzo de 1919 se ordenó expresamente la continuidad del Derecho interno. La literatura de esta polémica está comprendida en Anschütz, *Komm.*, págs. 8, 9; Stier-Somlo, *Grundriss* (1924), I, págs. 52 y sigs.

a) De las distinciones hechas entre Constitución, ley constitucional y Poder constituyente se deduce que la abolición revolucionaria de la Constitución de 1871 no es, en sí misma, fundamento para negar la continuidad. En todo caso, es inexacto decir: toda discontinuidad «jurídica» (de las leyes constitucionales) lleva en sí una cesación de la identidad de la unidad política. Las leyes constitucionales valen sólo a base y en el marco de la Constitución en sentido positivo; y ésta, sólo a base de la voluntad del Poder constituyente. Dentro de estas tres categorías puede darse una discontinuidad, sin que de aquí se siga una discontinuidad del Estado. Si, como arriba se expuso, es ilícito juzgar de la legitimidad de una nueva Constitución por las normas de las leyes constitucionales derogadas, es igualmente inexacto negar la continuidad del Reich alemán de la Constitución de Weimar porque ésta no ha surgido como «ley de reforma de la Constitución», observando el artículo 78 de la derogada.

Inexacto por eso: F. Sander, *Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, Zeitschr. f. öffentliches Recht,* I, 1919, págs. 132 y sigs.; Rauschenberger, *Staatsstreich und Revolution,* 1920, págs. 13 y sigs; Stier-Somlo, *Grundriss,* I, páginas 53-55.

b) Es de observar que cuando se deriva una discontinuidad, ha de producirse una «ruptura consciente con el pasado». El valor de ese argumento consiste en que remite al cambio del Poder constituyente. La anterior situación constitucional descansaba en el principio monárquico; la nueva, en el Poder constituyente del pueblo alemán. No se da, pues, tan sólo una abolición de leyes constitucionales y un cambio de Constitución, sino también un cambio del Poder constituyente.

c) Viene ahora un otro momento que destaca, con mayor vigor aún, el cambio del Poder constituyente. No sólo se introduce un nuevo sujeto del Poder constituyente, sino que, además, se pone en el lugar de la anterior Constitución federal, que como tal descansaba en el convenio de los Estados federados, una Constitución establecida mediante acto unilateral de todo el pueblo alemán.

Los distintos puntos de vista de *b)* y *c)* se encuentran unidos en los siguientes autores, la mayor parte de las veces, no obstante, sin especial interés por la esencia del Poder constituyente y sin la necesaria distinción entre Constitución y ley constitucional, pero siempre con el resultado de una discontinuidad entre viejo y nuevo Reich: Kahl, en la sesión de la comisión de 5 de marzo de 1919, *Prot.*, pág. 23, y en el artículo *Die drei Reiche,* Homenaje a O. Liebmann, 1920, págs. 79 y sigs.; Nawiasky, *Bayer. Verfassung,* pág. 66; Wittmayer, *Weimarer Verfassung,* pág. 4; Giese, *Komm.*, página 16.

Esta fundamentación hubiera sido certera, de estar resuelta sin lugar a dudas la cuestión del Poder constituyente en la anterior situación constitucional, y de no haber sido ya el Imperio alemán de la Constitución de 1871 una forma de la unidad nacional del pueblo alemán. Pero, así, es posible que en la *nueva* Constitución, democrática, se considere único punto de vista adecuado el de que hay una continuidad del *Pueblo* alemán y de su voluntad de unidad política sobre base nacional. Por eso hay que contestar afirmativamente a la cuestión de la continuidad. El pueblo alemán no quiere negar con la Constitución de Weimar su identidad con el pueblo alemán de la Constitución de 1871; quiere renovar su Reich, como se dice en el preámbulo de la Constitución de Weimar, pero no fundar un nuevo Reich. Precisamente por ser una Constitución democrática, no funda la nueva un nuevo Estado alemán. Significa sólo que un pueblo que creía hasta ahora no poder existir políticamente a base del principio monárquico, cuando desaparece políticamente ese principio, continuó su existencia por virtud de propia decisión política, mediante una Constitución que se da a sí mismo.

En la historia de la elaboración de la Constitución de Weimar aparece esto del modo más vigoroso en las manifestaciones de F. Naumann y H. Preuss *(Prot.,* páginas 24-25). Preuss habla incluso sólo de simple reforma constitucional (comp. arriba, § 10, I, pág. 109), además, K. Beyerle (*Prot.*, pág. 25): «Continuamos el viejo Reich.» E. Vermeil, *La Constitución de Weimar,* Estrasburgo, 1923, págs. 66, 273, alaba a Wittmayer, es cierto, por el buen sentido democrático demostrado con su tesis de la

discontinuidad, pero está obligado a consignar que precisamente también los demócratas quisieron en Weimar la continuidad.

IV. *Distinción del Poder constituyente del pueblo, respecto de todo Poder constituido, es decir, legal-constitucional.*

1. Todo lo que se verifica en regulación legal-constitucional a base de la Constitución, y en el marco de las competencias constitucionales a base de la regulación legal-constitucional, es, en esencia, de naturaleza distinta a un acto del Poder constituyente. Ni aun las facultades y competencias constitucionales del «pueblo», esto es, de los ciudadanos con derecho a voto, por ejemplo: elección del Presidente del Reich, según el art. 41, C. a.; elección del Reichstag, según el art. 20, C. a.; referéndum, según el art. 73, C. a., son facultades del pueblo soberano que se da una Constitución y realiza actos del Poder constituyente; son competencias dentro del marco de la Constitución dada.

Sería por eso inadmisible, mientras la Constitución de Weimar permaneciera en vigor, sancionar sencillamente por un referéndum, según el artículo 73, C. a., cualquier quebrantamiento de las leyes constitucionales. El pueblo tiene sólo facultades legal-constitucionales, según el art. 73, y no más altas que las del Reichstag. Tampoco éste le está subordinado. Una ley surgida en vías del referéndum del art. 73, C. a., puede ser derogada por una ley surgida mediante simple acuerdo mayoritario del Reichstag (Anschütz, *Komm.*, pág. 224), etc.

2. Es especialmente inexacto caracterizar como Poder constituyente, o *pouvoir constituant,* la facultad, atribuida y regulada sobre la base de una ley constitucional, de cambiar, es decir, de revisar determinaciones legal-constitucionales. También la facultad de reformar o revisar leyes constitucionales (por ejemplo, según el art. 76, C. a.) es, como toda facultad constitucional, una competencia legalmente regulada, es decir, limitada en principio. No puede sobrepasar el marco de la regulación legal-constitucional en que descansa.

Comp. abajo, § 11, II, pág. 117. Inexacto por eso el intento de equiparar el *pouvoir constituant* con esta facultad de revisión regulada en ley constitucional, y designarla como «concepto formal» de Constitución o de *pouvoir constituant.* En ello consiste el fundamental error del libro de E. Zweig, *Die Lehre vom pouvoir constituant,* 1909. En el mismo error se basan las explicaciones de W. Hildesheimer, *Über die Revision moderner Staatsverfassungen,* Tubinga, 1918, pág. 75.

3. Esta distinción se da también en Estados donde, como ocurre en Inglaterra, por virtud de la pretendida soberanía del Parlamento inglés, pueden acordarse leyes constitucionales en vías del procedimiento legislativo ordinario. Sería inexacto sostener que Inglaterra pudiera transformarse en una República soviética mediante «simple acuerdo mayoritario del Parlamento».

§ 11

CONCEPTOS DERIVADOS DEL DE CONSTITUCION

(Reforma constitucional, quebrantamiento de la Constitución, suspensión de la misma, conflicto constitucional, alta traición)

I. *Ojeada.*—Hay que distinguir los siguientes conceptos:

1. *Destrucción de la Constitución:* Supresión de la Constitución existente (y no sólo de una o varias leyes constitucionales), acompañada de la supresión del Poder constituyente en que se basaba (comp. arriba, § 10, III).

2. *Supresión de la Constitución:* Supresión de la Constitución existente, pero conservando el Poder constituyente en que se basaba (cambio de Constitución, golpe de Estado; comp. arriba, § 10, II).

3. *Reforma constitucional (revisión):* Reforma del texto de las leyes constitucionales vigentes hasta el momento; aquí corresponde también la supresión de prescripciones legal-constitucionales aisladas y la recepción de nuevos ordenamientos legal-constitucionales aislados.

La palabra reforma constitucional (revisión) es inexacta, porque no se trata de reformas de la Constitución misma, sino tan sólo de las determinaciones *legal*-constitucionales. Sin embargo, conviene conservar la expresión, por ser usual hoy.

a) Reformas inconstitucionales de la Constitución: reformas constitucionales verificadas sin observancia del procedimiento prescrito legal-constitucionalmente para tales reformas de las leyes constitucionales;

b) reformas constitucionales de la Constitución: reformas de la Constitución con observancia del procedimiento previsto en las leyes constitucionales para tales reformas y revisiones (revisión constitucional en sentido propio).

4. *Quebrantamiento de la Constitución:* Violación de prescripciones legal-constitucionales para uno o varios casos determinados, pero a título excepcional, es decir, bajo el supuesto de que las prescripciones quebran-

tadas siguen inalterables en lo demás, y, por lo tanto, no son ni suprimidas permanentemente, ni colocadas temporalmente fuera de vigor (suspendidas).

A la expresión «quebrantamiento de la Constitución» le ha prestado eficacia práctica en este sentido preciso, para la Administración de Justicia constitucional de la Constitución de Weimar, E. Jacobi en su informe sobre la dictadura del presidente del Reich según el art. 48, C. a., Publicaciones de la unión de profesores alemanes de Derecho político, cuaderno 1, Berlín, 1924, págs. 109, 118.

a) Quebrantamiento inconstitucional de la Constitución: violación a título excepcional de una prescripción legal-constitucional sin atender al procedimiento previsto para las reformas constitucionales.

Ejemplo: Un Presidente de República disuelve un Parlamento incapaz de actuar a causa de su atomización de partidos, aun cuando las prescripciones legal-constitucionales no conozcan esa disolución, o incluso quizá la prohíban expresamente (como el artículo 68 de la Constitución francesa de 4 de noviembre de 1848): el golpe de Estado del Presidente de la República, Luis Napoleón, de 2 de diciembre de 1851.

Otro ejemplo: El período de mandato (diputación) de un Parlamento se prolonga por simple ley para una sola vez, a pesar de la regulación legal-constitucional de la duración de dicho período.

b) Quebrantamiento constitucional de la Constitución: violación a título excepcional de una prescripción legal-constitucional para uno o varios casos concretos, cuando, o bien es permitido dicho quebrantamiento excepcional por una ley constitucional (por ejemplo: art. 44, párrafo 2, C. a.), o bien se observa para ello el procedimiento prescrito para las reformas de la Constitución.

Ejemplo: Prolongación por una sola vez del período de mandato de un Parlamento, observando el procedimiento regulado por ley constitucional para las reformas de la Constitución. O bien: prolongación por una sola vez de la duración del mandato del Presidente del Reich, como la ley de 27 de octubre de 1922 *(Gac. Leg. del Reich,* página 801), hecha en forma de ley de reforma constitucional (según el art. 76, C. a.): «El Presidente del Reich elegido por la Asamblea nacional, ejercerá su cargo hasta el 30 de junio de 1925.»

5. *Suspensión de la Constitución:* Una o varias prescripciones legal-constitucionales son provisionalmente puestas fuera de vigor.

a) Suspensión inconstitucional de la Constitución: las prescripciones legal-constitucionales son puestas fuera de vigor sin que esta suspensión se encuentre prevista en una regulación legal-constitucional, o con desprecio de un procedimiento acaso previsto para realizarla.

b) Suspensión constitucional de la Constitución: las prescripciones constitucionales son provisionalmente puestas fuera de vigor con observancia de las prescripciones legal-constitucionales previstas para una tal suspensión; por ejemplo, según el art. 48, 2, 2, C. a. Se ponen fuera de vigor

uno, varios o todos los siete artículos de derechos fundamentales: 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153, C. a., enumerados ahí.

II. *Reformas legales de la Constitución (revisión constitucional, enmiendas).*

1. Para una reforma de prescripciones legal-constitucionales prevista y regulada en ley constitucional, pueden ser competentes distintas entidades.

a) Una Asamblea convocada de propósito para ello, y que sólo tiene la misión de acordar dicha reforma constitucional.

Ejemplo: Art. 8 de la ley constitucional francesa de 25 de febrero de 1875: ambas Cámaras legislativas (Cámara de los Diputados y Senado) se reúnen en Asamblea nacional, *assemblée nationale,* cuando hay que revisar una prescripción legal-constitucional. Tal Asamblea nacional llamada a reformar la Constitución debe ser distinguida de una Asamblea nacional constituyente, que se reúne después de una revolución (es decir, después de una destrucción o supresión de la Constitución) y es sujeto de una dictadura soberana.

Artículo V de la Constitución federal americana de 1787: El Congreso (Cámara de Representantes y Senado), cuando los dos tercios de ambas Cámaras tengan por necesaria la propuesta de una reforma constitucional *(Amendment),* o cuando lo propongan los cuerpos legislativos de dos tercios de los Estados, debe convocar una *Convención* para tales proposiciones de reforma. Las reformas constitucionales son posibles cuando las ratifican los cuerpos legislativos de las tres cuartas partes de los Estados o las Convenciones reunidas en las tres cuartas partes de estos Estados (según que el Congreso haya propuesto uno u otro modo de ratificación).

b) Los cuerpos legisladores en vías legislativas (con o sin requisitos de mayor dificultad), pero bajo ratificación de los ciudadanos con derecho a voto, es decir, con referéndum obligatorio.

Constitución federal de la comunidad suiza de 29 de mayo de 1874, art. 118: la Constitución federal puede ser revisada total o parcialmente en todo tiempo. Art. 119: La revisión total de la Constitución federal se tramita como una ley federal. Art. 123: La Constitución federal revisada, y en su caso la parte revisada de la misma, entran en vigor cuando son aceptadas por la mayoría de los ciudadanos que tomen parte en la votación y por la mayoría de los cantones (referéndum, ligado a la ratificación por los cantones).

Sobre el sentido de las palabras «como una ley ordinaria», comp. arriba, § 7, página 82.

c) Los cuerpos legisladores en vía legislativa, sin ratificación obligatoria por referéndum, pero con requisitos de mayor dificultad (como mayoría cualificada, repetición del acuerdo, etc.).

Art. 76, C. a.: «La Constitución puede ser reformada en vía legislativa ordinaria. Sin embargo, solamente pueden adoptarse acuerdos del Reichstag sobre reforma de la Constitución cuando están presentes dos tercios del número legal de sus miembros y votan en pro, al menos, dos tercios de los presentes.» También en el Reichsrat se exige

una mayoría de dos tercios para reformas constitucionales. Ya se dijo que la palabra «Constitución» es inexacta en el texto del art. 76, C. a., y que hubiera sido lo correcto decir «Leyes constitucionales».

d) En una *Constitución federal* puede darse el caso de reforma de las leyes constitucionales en vías de la legislación federal, en lugar de una reforma contractual del pacto federal. Allí donde se da esta posibilidad de reforma de la Constitución federal, la federación se aleja ya de su base federal y evoluciona hacia el Estado unitario. El carácter federal puede ser garantido en este estadio de transición mediante la exigencia de ratificación de una mayoría —simple o cualificada— de los Estados-miembros, o por el hecho de que una minoría pueda impedir la reforma.

Ejemplos: Art. V de la Constitución federal americana de 1787, arriba, en *a)*; artículo 123 de la Constitución federal suiza de 1874, arriba, en *b)*; art. 78, a. C. a.: «Las reformas de la Constitución se tramitan en vía legislativa. Se consideran rechazadas si encuentran en el *Bundesrat* (Consejo federal) 14 votos en contra.» Mediante esta prescripción de la Constitución bismarkiana se establecía en primer lugar una llamada «competencia de competencias» de la Federación, y en segundo lugar se reconocía el derecho de cooperación del Reichstag, y sobre todo su derecho de iniciativa, según el art. 23, a. C. a.; comp. Seydel, *Komm.*, págs. 412-3.

2. *Límites de la facultad de reformar la Constitución.*

Cuando está regulado en ley constitucional el procedimiento de reforma de la Constitución, se funda con ello una competencia que no se explica por sí misma. La competencia, regulada en ley constitucional, de los cuerpos legisladores para emitir leyes en las vías reguladas también por ley constitucional, es decir, la competencia legislativa ordinaria, no fundamenta por sí sola ninguna competencia para reformar también prescripciones legal-constitucionales, que precisamente son base de la competencia misma. La competencia para reformar la Constitución no es una competencia normal en el sentido de un círculo de actividades regulado y delimitado. Reformar las leyes constitucionales no es una función normal del Estado, como dar leyes, resolver procesos, realizar actos administrativos, etc. Es una facultad extraordinaria. Sin embargo, no ilimitada; pues, al seguir siendo una facultad atribuida en ley constitucional, es, como toda facultad legal-constitucional, limitada y, en tal sentido, «competencia» auténtica. En el marco de una regulación legal-constitucional no pueden darse facultades ilimitadas; toda competencia es limitada. Ni siquiera una «competencia de competencias» puede ser algo ilimitado, si no ha de quedar la expresión desprovista de sentido, y disuelto el concepto. «Competencia de competencias» es, bien entendido, otra cosa que soberanía, con la que ha sido muy confundida en la literatura jurídico-política de la Preguerra.

La controversia sobre la competencia de competencias del Reich se explica por las singularidades de la estructura de una federación en la que estaban ligados princi-

pios constitucionales federales y unitarios, así como también monárquicos y democráticos (comp. abajo, § 30, pág. 366); Haenel, *Staatsrecht*, págs. 774 y sigs.

Los límites de la facultad de reformar la Constitución resultan del bien entendido concepto de reforma constitucional. Una facultad de «reformar la Constitución», atribuida por una normación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo. La facultad de reformar la Constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc.; pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional; algo así como reformar el art. 76, C. a., siguiendo el procedimiento del propio art. 76 para que las reformas de las leyes constitucionales puedan tener lugar por acuerdo de simple mayoría del Reichstag.

a) *Reforma constitucional no es, pues, destrucción de la Constitución* (arriba, I, 1).

Los órganos competentes para acordar una ley de reforma de la Constitución no se convierten en titular o sujeto del Poder constituyente. Tampoco están comisionados para el ejercicio permanente de este Poder constituyente; por tanto, no son una especie de Asamblea nacional constituyente con dictadura soberana, que siempre subsiste en estado de latencia. Una reforma de la Constitución que transforme un Estado basado en el principio monárquico en uno dominado por el Poder constituyente del pueblo, no es en ningún caso constitucional. Cuando ocasionalmente se han suscitado discusiones sobre lo que hubiera procedido «desde el punto de vista jurídico» para transformar, en los comienzos de noviembre de 1918, la vieja Constitución del Imperio en una Democracia moderna por caminos legales, esto no es más que un juego sin sentido, por lo arriba expuesto y, también, por lo que se desprende del concepto justo de reforma constitucional. En vías legales no podía transformarse esta Constitución en una Constitución democrática; la renuncia voluntaria del monarca al principio monárquico hubiera significado sólo una renuncia a la lucha, haciendo posible un cambio *pacífico* del Poder constituyente. Pero no por eso el nuevo sujeto del Poder constituyente se hubiera convertido en sucesor jurídico del monarca, ya que no puede darse en esta esfera una sucesión jurídica. Y lo mismo a la inversa: una Costitución basada en el Poder constituyente del pueblo no puede ser transformada en una Constitución de principio monárquico en vías de una «reforma» o «revisión» de las leyes constitucionales. Eso no sería reforma de la Constitución, sino destrucción de la Constitución.

Si se quisiera volver a introducir la Monarquía con arreglo a la Constitución de Weimar, se requeriría para ello, según los principios democráticos, un acto especial del Poder constituyente del pueblo, sea un acuerdo especial de una Asamblea nacional «constituyente», sea un plebiscito especial, que habría que distinguir del referéndum practicado en el marco de la Constitución de Weimar, a tenor del art. 73. Pero la nueva Monarquía estaría entonces apoyada en el Poder constituyente del pueblo; ya no sería *forma de gobierno* o política *(Staatsform)* y restablecimiento del principio monárquico, sino sólo *forma del Gobierno (Regierungsform).* El restablecimiento del principio monárquico sólo podría alcanzarse mediante una destrucción de la Constitución. Para esto, nada tiene que hacer el procedimiento del art. 76, C. a. No puede transformarse el postulado del art. 1.°, párrafo primero, C. a.: «El Reich alemán es una Monarquía hereditaria según el orden sucesorio de la familia Hohenzollern.» Otra cuestión distinta, psicológica, sería la de si el pueblo alemán, cuya exigencia de apariencias legales es tan fuerte como su sentido político, llevaría a cabo una supresión de la Constitución actual en vías del art. 76 antes que una destrucción de la misma intentada en vías de golpe de mano o de la revolución.

b) *Reforma constitucional no es supresión de la Constitución* (arriba, I, 2). Tampoco quedando intacto el Poder constituyente puede establecerse, mediante el art. 76, C. a., en lugar de la decisión política fundamental en que la Constitución (a diferencia de las regulaciones legal-constitucionales) consiste otra decisión política. El sistema de sufragio democrático, por ejemplo, no podría ser sustituido, siguiendo el art. 76, por un sistema de Consejos; los elementos federales contenidos hoy todavía en la Constitución del Reich no pueden ser suprimidos sencillamente, siguiendo el art. 76, de manera que el Reich alemán se convirtiera de golpe, por una «ley de reforma de la Constitución», en un Estado unitario. No sólo política, sino también jurídico-constitucionalmente, es imposible suprimir Baviera, sin más, «en vías del art. 76, C. a.», o declarar a Prusia, contra su voluntad, «zona federal» *(Reichsland — condición jurídica de Alsacia y Lorena en el viejo Imperio).* Tampoco se podría transformar por una «revisión» del art. 1.°, 1, ó 41, C. a., etc., el puesto del Presidente del Reich en el de un Monarca. Las decisiones políticas fundamentales de la Constitución son asuntos propios del Poder constituyente del pueblo alemán y no pertenecen a la competencia de las instancias autorizadas para reformar y revisar las leyes constitucionales. Aquellas reformas dan lugar a un cambio de Constitución; no a una revisión constitucional.

Incluso cuando se habla de una revisión total de la Constitución, hay que observar la distinción antes expuesta y atenerse a los límites de la facultad de revisar que de ella resulta. Considerando rigurosamente las prescripciones legal-constitucionales donde se permite semejante revisión total, cabe advertirlo así, pese a la palabra «total», aun en el propio texto de las leyes constitucionales. La Constitución *francesa* de 4 de noviembre de 1848 determinaba, por ejemplo, en el art. 111, que la Constitución podría ser reformada *(modifiée),* y, por cierto, «en todo o en parte» *(en tout ou en partie);* regulaba el procedimiento para esta revisión. Ninguna interpretación literal podría prestar aquí a la palabra «en tout» el significado de que en el camino legal de la revisión constitucional hubiera podido darse una Constitución nueva a capricho, acaso una Constitución monárquica de estilo napoleónico. Pues la propia Constitución

de 4 de noviembre de 1848 reconocía en su preámbulo como «definitiva» para Francia la forma de gobierno republicana; declaraba en su art. 1.° que la soberanía reside en la comunidad de los ciudadanos franceses, siendo inalienable e imprescriptible y no pudiendo usurpar su ejercicio ningún individuo ni parte del pueblo, etc. El art. V de la Constitución federal de los *Estados Unidos* prevé enmiendas, pero «ningún Estado puede ser despojado sin su consentimiento de su representación igual en el Senado», de donde se sigue que no puede ser despojado de su existencia autónoma. Según la Constitución federal *suiza,* art. 118, es posible en todo momento una «revisión total». Fleiner: *Schweizerisches Bundesstaatsrecht,* págs. 396 y sigs., no define con precisión este concepto, y sólo dice que por revisión parcial se entiende «la emisión de un nuevo artículo o la supresión o reforma de uno ya existente de la Constitución federal». Puede ser cuestionable la medida en que la revisión total, según la Constitución federal suiza, puede dar lugar a una Constitución nueva por completo (es decir, a la reforma de la decisión política sobre modo y forma de la existencia estatal), porque la Constitución suiza es puramente democrática y no puede pensarse en serio en una supresión de esta base democrática o de la forma de gobierno democrática, ni aun por una «revisión total».

Si por una expresa prescripción legal-constitucional se prohíbe una cierta reforma de la Constitución, esto no es más que confirmar tal diferencia entre revisión y supresión de la Constitución.

Ejemplo: El art. 2.° de la ley constitucional francesa de 14 de agosto de 1884: «La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de revision.»

Aún más es éste el caso cuando se prohíben expresamente las reformas que vulneren el *espíritu* o los *principios* de la Constitución.

Ejemplo: El § 112 de la Constitución noruega de 17 de mayo de 1814: «Cuando la experiencia muestre que alguna parte de la actual Constitución («*Grundlot*» = *Verfassung;* en la colección francesa de Laferrière-Batbie, pág. 391, «Loi fondamentale»; en una versión oficial que me proporcionó el Dr. Wolgast, «Constitution») del Reino de Noruega necesita ser modificada... (sigue el procedimiento). *Sin embargo, tal reforma* (en el citado texto francés, «changement»; en la traducción oficial, «amendement»), *no puede nunca contradecir los principios de la presente Constitución; sólo puede modificar determinadas disposiciones, sin cambiar el espíritu de la presente Constitución* («certaines dispositions qui n'en altèrent pas l'esprit»). Comp. sobre esto, Wolgast: *Die richterliche Prüfungszuständigkeit in Norwegen Hirths Annalen,* 1922-1923, págs. 330 y sig. El punto de vista dominante en Noruega (Morgenstierne) parece aceptar una competencia de comprobación judicial frente a las leyes surgidas con arreglo al § 112. Sobre la reforma constitucional de 1913 (según la cual no pueden acordarse reformas constitucionales por el Parlamento —*Storthing*— sin la cooperación del Rey), F. Castberg: *Die verfassungsrechliche Gesetzgebung in Norwegen in den Jahre 1914-1921, Jahrb. ö. R.,* XI, 1922, pág. 227; además, Morgenstierne: *Jahrb. ö. R.,* VIII, 1914, páginas 373 y sig., y Erich: *Estudien über das Wesen und die Zukunft der monarchischen Staatsform, Blätter für vergl. Rechtswissenschaft,* 1918, Sp. 184 y sigs. Por lo que afecta a una prescripción como aquella del § 112, es también claro que ella misma no puede ser suprimida siguiendo el procedimiento de reforma constitucional.

Hasta ahora no se ha tratado en la Teoría constitucional la cuestión de los límites de la facultad de reformar o revisar la Constitución. Una excepción digna de nota es el artículo de William L. Marbury, *Harvard Law Review,* 33, 1919/20, págs. 223 y sigs.: *The limitation upon the amending Power.* Aquí se dice, con razón, que la facultad de reformar y de completar la Constitución no puede ser ilimitada, y no autoriza a suprimir la Constitución misma.

El autor de este escrito se remite al art. V de la Constitución federal americana, que contiene ya un límite a la facultad de revisión por cuanto que ningún Estado puede ser despojado sin su asentimiento de su derecho a representación igual en el Senado. El escrito tuvo el designio práctico de dar ocasión a que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos enjuiciara la admisibilidad de la Enmienda XVIII de 1919 (prohibición de la fabricación, venta, expedición, importación y exportación de bebidas alcohólicas). Esta reforma constitucional se había tramitado en el procedimiento prescrito para tales reformas; comprobar su validez significaba, pues, fijar los límites objetivos de la facultad de reformar la Constitución. Pero el Tribunal Supremo no emprendió dicha comprobación, y aquel escrito no alcanzó su finalidad. Pero no por eso puede decirse que el intento se malograse y careciera de significado. Antes bien, dejó planteada la cuestión ante el Tribunal; comp. la exposición en Eduard Lambert: *Le gouvernement des juges,* París, 1921, págs. 112 y sigs. El pensamiento capital del escrito —que la facultad de reformar el texto, concedida por la Constitución, es limitada en principio, y la Constitución misma, como fundamento, debe ser intangible, y que es un abuso de la competencia para introducir enmiendas el emitir según el procedimiento especial leyes ordinarias, asegurándolas así contra las reformas— es exacto en todo caso, y mostrará, tarde o temprano, su significación práctica.

c) *Reforma constitucional no es quebrantamiento de la Constitución* (arriba, I, 4). En un quebrantamiento de la Constitución no se reforma la normación legal-constitucional, sino que se adopta sólo en un caso particular —quedando subsistente su validez, por lo demás, y en general— una disposición que la desvía. No sólo no se emprende una reforma de la ley constitucional, sino que precisamente se da por supuesto que ésta sigue valiendo, inalterada. Tales quebrantamientos son, por su naturaleza, medidas; no son normas y, por eso, tampoco leyes en el sentido jurídico-político de la palabra, ni, en consecuencia, leyes constitucionales. Su necesidad resulta de la situación especial de un caso concreto, de una coyuntura anormal imprevista. Cuando se adoptan tales quebrantamientos y medidas en interés de la existencia política del todo, se muestra con ello la supremacía de lo existencial sobre la simple normatividad. Quien está facultado y en condiciones de realizar tales actuaciones, obra soberanamente. Por eso en la Historia del Derecho la cuestión de la soberanía y del «absolutismo» ha sido, desde el siglo XVI, la cuestión del quebrantamiento del orden legítimo existente. El Príncipe estaba *legibus solutus,* es decir, facultado y en condiciones de adoptar, sin que se lo impidieran los límites de leyes y tratados en vigor, las medidas exigibles, según la situación de las cosas, en interés de la existencia política. Gierke *(Althusius,* pág. 281) dice sobre esto: «Naturalmente, se estaba conforme en que el legislador podía reformar y supri-

mir normas, en la misma medida que establecerlas. Sin embargo, desde comienzos del siglo XVI se suscita una viva controversia, acerca de si el legislador mismo está ligado o no a sus propias leyes o a las de sus predecesores en tanto que no hayan sido derogadas.» El *legislador* sólo puede, como tal, dar leyes, no quebrantarlas. Esto no cuenta para el Legislativo, sino para el soberano; significa la supremacía existencial sobre la normación. También para el moderno Estado de Derecho estos quebrantamientos ofrecen el criterio de la soberanía. La dificultad estriba aquí en que el Estado burgués de Derecho parte de la idea de que el ejercicio todo de todo el poder estatal puede ser comprendido y delimitado sin residuo en leyes escritas, con lo que ya no cabe ninguna conducta política de ningún sujeto —sea el Monarca absoluto, sea el pueblo políticamente consciente—; ya no cabe una soberanía, sino que han de ponerse en pie ficciones de distintas especies; así, ya no habrá soberanía, o, lo que es igual, la «Constitución» —más exacto: las normaciones legal-constitucionales— será soberana, etc. (comp. arriba, § 1, II, pág. 33). Pero, en realidad, son precisamente las decisiones políticas esenciales las que escapan de los contornos normativos. Entonces la ficción de la normatividad absoluta no presenta otro resultado que el de dejar en la sombra una cuestión tan fundamental como la de la soberanía. Y para los inevitables actos de soberanía se desarrolla un método de *actos apócrifos de soberanía.*

Las instancias competentes para una revisión constitucional no resultan soberanas por razón de tal competencia; esto se comprende por las anteriores explicaciones. Ni tampoco se convierten en titular o sujeto del Poder constituyente. Es igualmente imposible caracterizar como «soberano» al «procedimiento» como tal, pues con ello se crearía una nueva personificación ficticia, sin aclarar nada. Desde otro punto de vista, habría que suponer facultado al legislador para quebrantar la ley, y al legislador autorizado a reformar la Constitución, para quebrantar las prescripciones contenidas en ley constitucional. Cuando, por la necesidad política, son del caso tales quebrantamientos, se manifiesta el respeto a la Constitución en la observancia del procedimiento de reforma, sin que haya verdadera reforma del texto de la ley constitucional. En tanto que no se abuse de él, puede aceptarse que este método no contradice al espíritu de la Constitución. «Es predominantemente aceptado —como ya lo era antes de la Revolución— en concepto de procedimiento no correcto en verdad, pero tampoco precisamente inconstitucional» —según la atinada frase de Carlos Bilfinger (*AöR*, 11, 1926, pág. 174)—. También bajo la nueva Constitución se ha desarrollado una constante práctica de quebrantamiento que, en definitiva, encuentra su expresión también en la forma técnica de las leyes «de reforma de la Constitución» («previa comprobación de que se han llenado los requisitos exigidos para las leyes de reforma»). (Al mismo resultado llega H. Triepel, 33.ª Dieta de Juristas alemanes, 1924, *Verhandlungen,* pág. 48.) A pesar de eso, sería inexacto creer que toda inconstitucionalidad arbitraria podría ser admisible y quedar purificada por el camino de una ley de reforma constitucional —así, pues, en el Reich alemán, según el art. 76 de la Cons-

titución de Weimar—, o que se ganaría algo en este punto con exigir una expresa reforma del *texto* de la ley constitucional y prohibir los quebrantamientos «tácitos» (comp. las Disertaciones —*Verhandlungen*— de la 33.ª Dieta de Juristas alemanes, 1924, sobre todo la ponencia del conde Dohna). Antes bien, es preciso tener consciencia de la distinción entre leyes de reforma de la Constitución y puros actos de soberanía, y no olvidar que, en la práctica de la Constitución de Weimar, el procedimiento del art. 76 sirve a dos fines completamente distintos: primero, como procedimiento de revisión de las leyes constitucionales, y segundo, para hacer posibles los actos apócrifos de soberanía.

La práctica del art. 76, C. a., ha llevado hasta hoy a emitir, sin distinción alguna, disposiciones que quebrantaban prescripciones legal-constitucionales en la forma de leyes de reforma de la Constitución, según el artículo 76, C. a. El sentimiento de la trascendencia política y jurídico-constitucional de esta práctica no parece ser muy vivo en los políticos responsables, y es comprensible que protestaran contra ello destacados maestros de Derecho político, como Hugo Preuss *(DJZ.,* 1924, Sp. 653) y H. Triepel *(DJZ.,* 1926, Sp. 845). Hubiera sido, sin duda, un acto de soberanía por encima del límite de lo usualmente admitido el que, por medio de una ley de reforma constitucional, se hubiera excluido para determinado asunto la iniciativa prevista en el art. 73, como intentó el Gobierno del Reich en la cuestión de la revalorización con el proyecto de una llamada ley de «yugulación» o «guillotina» *(Abdrosselung)* (Triepel, *DJZ.,* 1926, Sp. 845; C. Schmitt, *Volksentscheid und Volksbegehren,* 1927, pág. 17). Por el contrario, sería admisible, en vías del art. 76, C. a., una ley, por ejemplo, de interdicción de procesos pendientes de cierta especie; por ejemplo: los procesos sobre los bienes de las antiguas familias reinantes en Alemania; no hay que olvidar que, como ya se ha dicho, se trata aquí de un acto de soberanía apócrifo.

d) *Reforma constitucional no es suspensión de la Constitución* (arriba, I, 5). Con frecuencia se designa indebidamente la temporal suspensión de varias o todas las prescripciones de la ley constitucional, como suspensión «de la Constitución». La Constitución en sentido propio, esto es, las decisiones políticas fundamentales sobre la forma de existencia de un pueblo, no pueden, claro está, perder temporalmente su vigor, pero sí —y por cierto en interés de que subsistan esas decisiones políticas— las normaciones generales contenidas en ley constitucional y surgidas para llevar a ejecución tales decisiones. En especial, están sometidas a suspensión temporal las normaciones, típicas del Estado de Derecho, dirigidas a proteger la libertad burguesa. De ellas no se desprende propiamente, según mostraremos después, el principio de una forma de existencia *política* en sentido propio, sino que tan sólo contienen límites a la actividad política; tienen que aparecer, por eso, como un obstáculo de la autodefensa del Estado en los momentos de peligro para la forma de existencia política. En las perturbaciones de la seguridad y orden públicos, en tiempos de peligro, como guerra e insurrección, se suspenden esas limitaciones legal-constitucionales. Tanto

las normas contenidas en ley constitucional como las contenidas en ley ordinaria para la protección de la libertad burguesa, no sólo son quebrantadas en el caso concreto, sino, incluso, puestas fuera de vigor por un cierto tiempo, de tal manera que el freno a la actuación política en que consiste su propia finalidad y contenido, desaparece para ese tiempo.

En tales casos, se muestra con la mayor claridad que el moderno Estado constitucional está, por su estructura, integrado de dos elementos distintos: de una serie de *frenos,* característicos del Estado burgués de Derecho, frente al Poder público, y de un sistema —sea monárquico, sea democrático— de *actividad política.* Los representantes liberales del Estado burgués de Derecho ignoraron este problema y abominaron con desconfianza del estado de excepción, estado de guerra, estado de sitio, etc., cuando no se conformaban con mostrar el ejemplo de Inglaterra, país modelo de la libertad burguesa —donde, por lo demás, también se suspende en caso de tumultos el acta de Habeas Corpus de 27 de mayo de 1679—. La Constitución federal americana de 1787 prevó en el art. I, sec. IX, 2, la posibilidad de una suspensión del acta de Habeas Corpus. El primer ejemplo de suspensión de una «Constitución» lo ofrece la Constitución francesa del 22 Frimario VIII (Constitución consular de 13 de diciembre de 1799): según el art. 92 puede suspenderse la Constitución para todos los sitios en que amenacen la seguridad del Estado sublevaciones a mano armada; se llamaba a esto *suspension de l'empire de la constitution.* Tal modo de expresarse es explicable porque sólo se designaba Constitución al elemento de la misma propio del Estado burgués de Derecho (derechos fundamentales y división de poderes) (comp., arriba, § 4, pág. 58), identificándola con ella. Esto explica también el art. 130 de la Constitución belga de 1931: *La Constitución* no puede ser suspendida en todo ni en parte, *La Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie.*

En el curso del siglo XIX se desarrolla como institución jurídica el llamado estado de sitio, guerra o circunstancias excepcionales; se suspenderán ciertas normas de la ley constitucional, en particular el derecho constitucionalmente garantizado al juez legal, libertad personal, libertad de reunión, de Prensa, etc. La protección contra injerencias de las autoridades estatales en estas esferas de libertad, decae, pues, en un volumen normado en ley. La ley prusiana sobre el estado de sitio, de 4 de junio de 1851, que según el art. 68 de la antigua Constitución imperial vale en caso de guerra para todo el Imperio menos Baviera, enumera en el § 5 los siguientes artículos que, temporalmente y por distritos, pueden ser puestos fuera de vigor: 5.° (libertad personal), 6.° (inviolabilidad del domicilio), 7.° (juez legal), 27, 28 (libertad de opinión y de Prensa), 29 (libertad de reunión), 30 (libertad de asociación), 36 (sofocamiento de los desórdenes internos y aplicación de las leyes por las autoridades civiles y, a su requerimiento, por la fuerza armada).

El art. 48, 2, 2, C. a., prevé la posibilidad de suspender en todo o en parte siete artículos de la Constitución que garantizan derechos fundamentales: 114 (libertad personal), 115 (inviolabilidad del domicilio), 117 (secreto de la correspondencia), 118 (libertad de opinión, sobre todo, de Prensa), 123 (libertad de reunión), 124 (libertad de asociación), 153 (propiedad privada).

La prescripción legal-constitucional suspendida deja de tener validez durante el tiempo de la suspensión. Los frenos y limitaciones de la actividad de las autoridades, implicados en ella, declinan ante toda autoridad competente; ni esas prescripciones legal-constitucionales, ni las normas legales que en ellas se apoyan, forman un límite a su proceder. Así, pues, la sus-

pensión no significa, ni quebrantamiento en caso concreto, puesto que no se vulnera ninguna prescripción legal válida, antes bien, la validez cesa; ni una reforma, pues pasada la suspensión, siempre temporal, vuelve a quedar en vigor, invariable, la prescripción suspendida.

En el art. 48, 2, 1, C. a., se autoriza al Presidente del Reich para adoptar *todas* las *medidas* que juzgue adecuadas para el restablecimiento de la seguridad y orden público. Este postulado contiene la regulación de una dictadura típica, pues a la esencia de ésta corresponde: *a)* que el dictador está autorizado para adoptar medidas a determinar por la situación de las cosas, medidas que no son ni actos legislativos, ni judiciales, ni tampoco son susceptibles de un procedimiento definitivamente regulado; y, además, *b)* que el contenido de la autorización no está circunscrito de antemano según el estado de las cosas, sino que depende del criterio del autorizado. No se da aquí, pues, una normación general y delegación circunscrita según el estado de las cosas; el contenido de las facultades depende tan sólo de lo que el autorizado tenga por conveniente, dada la situación (comp. arriba, § 6, II, 9, *b)*, pág. 78). En el artículo 48, 2, 2, se concede al Presidente del Reich la otra, muy distinta, facultad de suspender, esto es, *poner fuera de vigor,* los siete artículos de derechos fundamentales allí enumerados. Aquella autorización para toda clase de *medidas* exigibles según la situación de las cosas, significa sólo autorización para proceder, *para actuar,* activamente, sin atención a las limitaciones legales; para quebrantar —pero no para poner fuera de vigor— prescripciones legales. La segunda facultad del Presidente del Reich, que sobrepasa la simple facultad de proceder expeditivamente, de poner fuera de vigor prescripciones legales, está limitada a los siete artículos de derechos fundamentales enumerados en la frase 2.

Contra esta interpretación del art. 48, 2, C. a., se dirige una doctrina, expuesta por Richard Grau y defendida con mucha energía y agudeza de juicio, de la «intangibilidad de la Constitución» *(Die diktatur des Reichspräsidenten,* Berlín, 1923; *Verhandlungen des Deutschen Juristentages,* 1925; *Gedächtnisschrift für Emil Seckel,* 1927, págs. 430 y sigs.). Se apoya en el pensamiento, por entero acertado, de que la Constitución tiene que ser intangible, incluso frente a una amplia dictadura comisoria, pensamiento que, por lo demás, no puede impugnar razonablemente nadie. La cuestión no está en si la Constitución es intangible —lo que resulta evidente—, sino en qué debe entenderse aquí por «Constitución». El punto de vista de R. Grau permanece por entero en la ya discernida confusión, aceptada sin crítica, entre *Constitución* en sentido propio y cualquier prescripción contenida en *ley constitucional.* La dictadura comisoria del Presidente del Reich sirve, según el art. 48, a la finalidad de preservar y defender la *seguridad y orden público,* es decir, la Constitución existente. Protección de la Constitución y protección de cualquier prescripción legal-constitucional, son cosas tan distintas como intangibilidad de la Constitución e intangibilidad de cualquier prescripción legal-constitucional. Si toda prescripción legal-constitucional fuera «intangible», incluso frente a facultades excepcionales, esto tendría por consecuencia sacrificar la protección de la Constitución en un sentido sustancial y positivo a la protección de la ley constitucional en un sentido relativizado y formal. Se cambiaría así la finalidad del art. 48, 2, en su contraria: no la Constitución, sino la prescripción legal-constitucional concreta sería «intangible» y, por tanto, constituiría un obstáculo insuperable para una protección eficaz de la Constitución.

III. *Conflictos constitucionales.* El concepto de conflicto constitucional sólo puede alcanzarse a base de un concepto bien entendido de Cons-

titución. No toda reclamación de un interesado, por causa de cualquier violación de una prescripción legal-constitucional, es un conflicto constitucional en el sentido propio, o, como dice Haenel (pág. 567), en el «sentido eminente» de la palabra.

1. Un conflicto constitucional no es una reclamación constitucional, es decir, un medio jurídico general del individuo a través del cual se confirma, frente a un acto de las autoridades, una violación de derechos protegidos en ley constitucional.

Ejemplo de reclamación constitucional: Constitución federal suiza de 4 de mayo de 1874, art. 113, cif. 3: sobre las «reclamaciones relativas a violación de derechos constitucionales de los ciudadanos» juzga el Tribunal federal. Pero según la ley orgánica de 22 de marzo de 1893, art. 178, cif. 1, puede ser reprimida ante el Tribunal federal con la reclamación del art. 113, sólo una violación de un derecho constitucionalmente protegido, comenzada por un *Cantón* o una autoridad *cantonal* (no federal). Pero, por lo demás, apenas si hay limitación. Todo acto de autoridad, una ley cantonal, una sentencia judicial o un acto administrativo puede ser impugnado por cualquier habitante con capacidad, nacional o extranjero, con la afirmación de que encierra una violación del Derecho objetivo de la Constitución federal o de una Constitución cantonal. También se encuentra protegido el individuo contra la violación de derechos fundamentales (sobre todo, derechos individuales importantes) cuando estos derechos estén garantizados sólo por ley ordinaria. El enjuiciamiento de la reclamación puede hacerse sobre una ley ordinaria. De esta manera, es controlada toda la actividad cantonal por el Tribunal federal. Sobre todo, el tan discutido art. 4.° de la Constitución federal suiza (todos los suizos son iguales ante la ley) ha hecho posible exigir la reposición de un derecho subjetivo del reclamante, vulnerado *(Aktivlegitimation),* sino que se da también el recurso jurídico en defensa del Derecho objetivo (la llamada *Refleswirkung),* Fleiner, págs. 445/6. Esta reclamación constitucional general se designa como «recurso jurídico-político». No sólo tiene la significación de una protección jurídica del individuo, sino también un sentido jurídico-político, y, por cierto, para el Estado federal. Cuando Fleiner, pág. 443, sostiene que la antes citada limitación de la ley orgánica de 1893 (recurso contra actos cantonales, no federales) es inconstitucional, hay que hacer notar que en esta limitación se muestra la *ratio* específica de la prescripción en el sentido jurídico-político federal.

2. En la doctrina jurídico-política alemana, la palabra «litigio constitucional» debe su sentido especial a dos circunstancias particulares.

a) La estructura de una Constitución *federal* donde no se distingue si se trata de una Confederación o de un Estado federal. La Federación, como tal, tiene un interés político y jurídico-político en los litigios constitucionales surgidos en el seno de un Estado-miembro, interés que es distinto del que existe en las reclamaciones constitucionales y del interés general de inspección. En el desarrollo histórico-jurídico del Derecho político federal alemán, esto ha llevado a instituciones especiales en el curso del siglo XIX. Toda Federación se apoya en el principio de la homogeneidad de sus miembros; en particular, la Constitución de los Estados-miembros necesita presentar un mínimum de homogeneidad (comp. abajo, § 29). Por consiguiente, toda Federación tiene unos ciertos derechos de intervención, un

derecho de «mediación», como se llamó en la Federación alemana, mientras que, por el contrario, los Estados-miembros trataban de impedir en lo posible, en interés de su independencia, tal mediación. De aquí resulta una regulación especialmente establecida para los litigios constitucionales en el seno del Estado-miembro; pueden ser resueltos por la mediación de la Federación, por un tribunal arbitral o por Tribunal, o bien en vías de la legislación federal. Un auténtico litigio constitucional en el seno de un Estado-miembro no tiene que interesar desde luego, pero sí bajo ciertos supuestos, a la Federación, convirtiéndose así en un asunto federal. Así se explica que el concepto de litigio constitucional fuera introducido en el Derecho político alemán por un acuerdo de la Asamblea federal alemana de 30 de octubre de 1834.

Mediante este acuerdo federal (protocolos de la Asamblea federal alemana de 1834, páginas 927 y sigs.), se obligan los miembros de la Federación, para el caso de que en un Estado-miembro «surjan equívocos entre el Gobierno y los Estamentos sobre interpretación de la Constitución o sobre los límites de la cooperación concedida a los Estamentos en el ejercicio de ciertos derechos del Monarca —esto es, por denegación de los medios exigibles para ejecutar uno de los deberes federales que corresponden al Gobierno en la Constitución del País—, y una vez intentados sin éxito todos los caminos constitucionales y compatibles con las leyes», a provocar la decisión arbitral de tales litigios antes de intentar la mediación federal; comp. Zachariae: *Das deutsche Bundesrecht,* II, 1854, § 279, pág. 770; G. v. Struve: *Das öffentliche Recht des deutschen Bundes,* II, 1846, pág. 39.

b) La estructura de la *Monarquía constitucional* en Alemania, que representa una situación intermedia entre el principio monárquico y el democrático, y permite tratar al Gobierno y a los Estamentos, al Príncipe y a la Representación popular, dualísticamente, como dos partes colocadas una frente a otra, y cuyas relaciones se regulan por la Constitución. La Constitución puede ser considerada de este modo como un pacto (comp. arriba, § 7, II, 2), cuyas partes son: Gobierno y Representación popular. Los litigios constitucionales entonces se determinan, no sólo por el objeto (la Constitución), sino también por las partes: Gobierno y Representación popular.

No es problema el que el acuerdo federal de 1834 fijara la expresión en un solo sentido, designando tan sólo como litigio constitucional un litigio entre Gobierno y Representación popular. La Constitución del Imperio de 1871 emplea la palabra en el art. 76, 2, con el mismo sentido.

«Los litigios constitucionales, en aquellos Estados federados en cuya Constitución no se determine una autoridad para decidir tales litigios, serán allanados amigablemente a petición de una de las partes por el *Bundesrat* (Consejo federal) o, de no lograrlo, serán llevados para su solución a la Legislación del Imperio.» La práctica del *Bundesrat* se correspondió con el concepto de litigio constitucional basado en la Historia, así como también la opinión dominante de los maestros de Derecho político; comp. Laband: *Staatsrecht,* I, pág. 261; Seydel: *Komm.,* pág. 407; Haenel: *Staatsrecht,* I, página 568 (al menos para la regla general; sólo bajo supuestos extraordinarios quiere

darle al ciudadano particular o al miembro de Cuerpos representativos no constituidos, un derecho a plantear litigios constitucionales).

La Constitución de Weimar determina en el art. 19 que los litigios constitucionales en el seno de un país serán decididos por un Tribunal de justicia política *(Staatsgerichtshof).* La erección de este Tribunal ha tenido lugar según la ley del Reich de 9 de julio de 1921 *(Gac. Leg. del Reich,* pág. 905). La determinación del art. 19, C. a., se encuentra por completo dentro de la línea evolutiva del Derecho político federal alemán. No introduce una inspección federal al modo de la reclamación constitucional suiza, sino que presupone el concepto jurídico-alemán de litigio constitucional. En las deliberaciones de la Constitución de Weimar esto aparece inequívocamente *(Prot.,* pág. 411. Zweigert, consejero secreto del Ministerio de Justicia del Reich, contra el punto de vista de Kahl, que designa como litigio constitucional todo litigio cuyo objeto sea la Constitución, aun cuando no tenga lugar entre el Gobierno y la Representación popular.)

3. La interpretación de las palabras «litigios constitucionales» en el artículo 19, C. a., ha conducido ya en la literatura jurídico-política a opiniones que se alejan mucho del proceso histórico de tales palabras.

La concepción histórica en el más riguroso sentido se encuentra representada en una disertación sostenida en Kiel por Dose: *Die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofes zur Entscheidung von Verfassungsstreitigkeiten,* 1923. Según una concepción opuesta, todo ciudadano puede ser parte y reclamante: Poetzsch: *Komm.,* pág. 106 («siendo completamente indiferente quien actúe como parte»); el mismo, *AöR.,* 42, págs. 91 y sigs. (pero con reserva para la cuestión de los derechos fundamentales); Anschütz: *Komm.,* página 106; Giese: *Komm.,* pág. 101 («así como ciudadano»). Según un tercer punto de vista, sólo los órganos supremos del Estado o partes de ellos deben poder plantear una demanda: W. Jellinek: *Verfassung und Verwaltung (Staatskunde,* II, 1925, página 29). La práctica del Tribunal de Estado del Reich alemán va muy lejos hasta ahora en el reconocimiento de la capacidad para interponer recurso. Se han reconocido, por ejemplo, como partes: fracciones del Landtag contra el Gobierno del País (decisión del Tribunal provisional de Estado de 12 de julio de 1921; comunicada *AöR.,* 42, página 79, con observaciones muy valiosas por Poetzsch, y decisión de 21 de noviembre de 1925, *RGZ,* t. 112, pág. 1*); el grupo local de Nassen, que fue antes de nobles del Imperio, contra el Ministerio prusiano, decisión de 10 de mayo de 1924 *(RZG.,* página 1*, pág. 5*: «Los reclamantes afirman, pues, tener un derecho de legislación autónoma por lo que se refiere a sus bienes y relaciones de familia, que no descansa sólo en una delegación del poder estatal del País... El litigio sobre existencia y volumen de tal derecho supone un litigio constitucional en el sentido del art. 19 de la Constitución del Reich»); Municipios *(DJZ.,* 1922, sp. 427), etc.

La interpretación histórica tradicional, con su limitación del litigio constitucional a un litigio entre Gobierno y Representación popular, no puede ya subsistir en su antigua simplicidad. Sólo era posible en tanto que podía concebirse la Constitución —con un dualismo característico de la Monarquía constitucional— como un pacto entre Príncipe y Estamentos, Gobierno y Representación popular. En una Constitución democrática pura, dada

por el pueblo en virtud de su Poder constituyente, no son posibles ya tales relaciones de pacto ni, por lo tanto, esos papeles de parte contratante. Por otra parte, es preciso indicar que no todo litigio de cualquiera interesado acerca de cualquier prescripción legal-constitucional debe ser considerado como litigio constitucional, y que también conviene distinguir aquí la Constitución de las distintas prescripciones legal-constitucionales. No ha de darse, pues, una posibilidad ilimitada de acciones populares de toda clase a favor de todo ciudadano, o acaso de todo «ciudadano del mundo». El artículo 19, C. a., no tiene el sentido de que deba confiarse a los ciudadanos en general la defensa de la Constitución.

Ha habido Constituciones que han confiado con toda generalidad la protección y defensa de todos los derechos constitucionales a los ciudadanos. Así, el art. 110 de la Constitución *francesa* de 14 de noviembre de 1848: «*L'Assemblée nationale confie le dépôt de la présente Constitution et les droits qu'elle consacre, à la garde et au patriotisme de tous les français.*» Cuando al Presidente de la República Luis Napoleón se le reprochó haber vulnerado de modo flagrante, en interés del Papa, los derechos constitucionales de la Representación popular con ocasión de la República romana, una minoría de los partidos de izquierda intentó, en 12 de junio de 1849, llamar a las armas a la población de París invocando ese art. 110 de la Constitución. El intento se malogró de manera especialmente lamentable (sobre esto, Emilio Burgeois y E. Clermont: *Rome et Napoléon,* III, París, 1907, págs. 190/1).

La Constitución de Weimar concede al ciudadano particular un derecho de petición (art. 126, C. a.); ofrece a minorías de ciudadanos la posibilidad de suscitar un referéndum en vías de la iniciativa popular (art. 73, 2) o de introducir un procedimiento de legislación por referéndum (art. 74, 3). Pero no conoce ni una acción popular de carácter general basada en la violación de una ley constitucional, ni un derecho del individuo a la resistencia armada. Del principio de la Democracia no se desprende nada a favor de una facultad general de demandar o de un recurso de reposición a beneficio del individuo.

La inseguridad —la confusión, puede decirse— al delimitar los papeles de parte en los litigios constitucionales tiene como última razón el que la Constitución de Weimar, como toda Constitución moderna, está compuesta de elementos liberales (del Estado de Derecho) y democráticos (políticos) —comp. abajo, § 16—. Una concepción liberal-individualista pura, que menospreciara todos los elementos estructurales político-específicos (sea monárquicos, sea democráticos, sea federales) de la Constitución, daría, si se aplicaba de manera consecuente, una acción jurídica contra el Estado, en cualquier caso de violación de Derecho objetivo, a todo hombre, y no sólo a todo ciudadano. Con esto, el Tribunal de Estado se convertiría en un Tribunal *sobre* el Estado y *contra* el Estado; toda violación de una ley sería también al mismo tiempo una violación de la Constitución. La limitación de los litigios constitucionales dentro de un país se hace entonces ininteligible y tiene que parecer, como dice W. Jellinek (ob. cit., pág. 29)

«raro» que no esté prevista una instancia para decidir los litigios constitucionales en el Reich.

Frente a esto se afirma: «No todo litigio sobre el sentido de un artículo de la Constitución es un litigio constitucional. Depende de los sujetos litigantes» (R. Thoma, *AöR*, 43, pág. 283). Un Tribunal de justicia política para decidir litigios constitucionales, sólo debe decidir sobre aquellos litigios que afecten a la *Constitución,* pero no a las particularidades de las leyes constitucionales. Como partes de un tal litigio, sólo son de considerar «órganos capitales» de la Constitución (como dice Haenel, pág. 92), es decir, sólo aquellos órganos supremos que existen para la organización y ejecución inmediata de las decisiones políticas en que la Constitución consiste, y sobre todo, como hasta ahora, Parlamento y Gobierno; y junto a ellos, otros órganos supremos, según la peculiaridad de la organización política. Sólo estos órganos capitales pueden vulnerar inmediatamente la Constitución, y sólo entre ellos puede darse un litigio constitucional auténtico. Si la práctica actual del Tribunal de Estado ha extendido más la capacidad para ser parte litigante, y, sobre todo, ha reconocido como parte a minorías de los Landtage, se puede admitir esa extensión como costumbre de Derecho constitucional. Por el contrario, la sentencia de 10 de mayo de 1924 (*RGZ.*, 111, pág. 5*), que trata como parte a un grupo local de antiguos nobles imperiales, va de seguro demasiado lejos.

4. Cuestión distinta es la de en qué medida sea recomendable resolver en un procedimiento de forma judicial las *dudas y diferencias de opinión sobre la interpretación de leyes constitucionales.* Para decidir tales cuestiones dudosas, sobre todo, la de si una ley o una ordenanza son compatibles con las prescripciones contenidas en la ley constitucional, puede ser previsto un procedimiento especial de forma judicial, en el que decida un Tribunal, que puede designarse «Tribunal de Estado» o también «Tribunal constitucional».

Una ley checoslovaca de 9 de marzo de 1921 determina que un «*Tribunal constitucional*» decidirá exclusivamente acerca de si una ley o una ordenanza de necesidad contradicen a la Constitución. Un «*Tribunal de justicia constitucional*» prevé la Constitución federal austríaca de 1.° de octubre de 1920, arts. 139, 140. Para el Reich alemán, comp. las propuestas de Triepel en la 33.ª Dieta de Juristas alemanes, Disertaciones, Berlín, 1925, pág. 64; además, W. Jellinek: *Publicaciones de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Político,* 1925, cuad. 2, págs. 38 y sigs., y el proyecto de una ley sobre comprobación de la constitucionalidad de leyes y ordenanzas del Reich, impreso en el artículo de R. Grau, *AöR.*, nueva serie, 11, 1926, págs. 287 y sigs. Según el § 1 de este proyecto, decide el *Tribunal de Estado* del Reich alemán (en lugar del § 18, núm. 1, de la ley sobre el Tribunal de Estado de 9 de julio de 1921) sobre dudas y divergencias de opinión acerca de si una «prescripción del Derecho del Reich se encuentra en contradicción con la Constitución del Reich». Reichstag, Reichrat o Gobierno del Reich pueden apelar a la decisión del Tribunal de Estado. R. Grau distingue entre un *auténtico Tribunal de Estado* (que «está llamado, en ejercicio de la independencia judicial, a encauzar el viento y la tormenta en medio de factores políticos») y un *Tribunal constitucional,* que «ha de resolver en términos generales las

cuestiones de Derecho constitucional, en concepto de *persona de confianza* de la Constitución, y en lugar de otro Tribunal cualquiera».

Para el Reich alemán, podía haberse dispuesto, naturalmente, y por cierto mediante una ley de reforma de la Constitución, que cualesquiera autoridades, asociaciones o ciudadanos particulares tuvieran la posibilidad de provocar la decisión de un Tribunal acerca de si una ley o una ordenanza tropezaba con una determinación de la Ley constitucional de Weimar. En los muchos casos de duda a que dan lugar las prescripciones legal-constitucionales de ese texto, es comprensible recomendar la creación de un Tribunal de interpretación constitucional como hicieron el conde Dohna y H. Triepel en la 33.ª Dieta de Juristas alemanes (1924) y Anschütz y Mende en la 36.ª Dieta de Juristas alemanes (1926). Una pretensión semejante fue suscitada ya, frente a la condición equívoca de las antiguas Constituciones de la Monarquía constitucional, por Rodolfo Gneist *(Der Rechtstaat,* 1872), como exigencia del Estado de Derecho. Pero semejante Tribunal, con la misión de decidir todos los litigios de interpretación de las leyes constitucionales, sería en realidad una alta instancia política, por cuanto también —y sobre todo— tendría que decidir aquellas dudas y divergencias de opinión que resultan de las singularidades de los compromisos dilatorios (arriba, § 3, III, pág. 52), y por cierto, teniendo que adoptar la decisión objetiva aplazada por el compromiso. Por eso, sería ya hoy inaccesible en el Reich alemán el camino de una ley de reforma constitucional, según el art. 76, C. a., para erigir un Tribunal semejante.

Separar aquí las cuestiones jurídicas de las políticas, y creer que un asunto jurídico-político puede despolitizarse, sería una turbia ficción. Anschütz *(Disertaciones de la Dieta de juristas alemanes,* 1926, Berna, 1927, pág. 13) quiere que se traspase a un Tribunal de Estado para el Reich alemán la decisión de *todos* los litigios sobre interpretación y aplicación de la Constitución del Reich, pero le parece «cosa clara» que el Tribunal habría de decidir sólo cuestiones jurídicas, en contraposición a cuestiones políticas. «No creo —dice— que en este punto haya que observar ninguna otra cosa.» Temo que, por el contrario, la cuestión comience en este punto. Por eso, en lugar de un Tribunal con su apariencia de formas judiciales, decide con más dignidad una instancia política, algo así como un «Senado», al modo de las Constituciones napoleónicas, que preveían un llamado *Sénat conservateur* para defensa de la Constitución —por ejemplo, título II de la Constitución del año VIII (1799), arts. 15 y sigs.; título VIII del Senado-consulto del año XII (1803), arts. 57 y sigs.; título IV de la Constitución de 14 de enero de 1852, art. 29; art. 26 del Senado-consulto de 14 de marzo de 1867. Si no, existe el peligro de que, en lugar de llevar el Derecho a la política, se lleve la política a la Justicia, socavando su autoridad.

IV. *La Constitución, como objeto de ataque y defensa en el caso de alta traición.* Las determinaciones del Derecho penal sobre la alta traición tienen por objeto en lo esencial la defensa de la Constitución. Las figuras de Derecho penal que constituyen alta traición hablan, ante todo, de un ataque a la «Constitución»; junto a esto, hay otros objetos de ataque, como la persona del príncipe o el territorio del Estado, con significación general.

En un Estado basado sobre el principio monárquico, y en que, por lo tanto, el monarca es, de por sí, un ataque a la Constitución misma. El caso más importante de alta traición, sin embargo, es la llamada alta traición contra la Constitución en sentido estricto, acto que suele delimitarse hoy diciendo que alta traición es una empresa dirigida «a cambiar violentamente la Constitución».

Así, § 81, cif. 2, del Código penal alemán de 1871: «Quien intente cambiar por la violencia la *Constitución* de la Federación alemana o de uno de los Estados...»; § 86 del proyecto del Reichstag de 1917: «Quien cambie por la fuerza o amenazando con la fuerza la *Constitución* del Reich o de un País...»; igualmente, § 85 del proyecto del Reichstag de 1926 (comp. la exposición sinóptica de los proyectos de leyes penales alemanas de Leopoldo Schäfer, Mannheim, 1927, págs. 62/3).

En la literatura jurídico-penal para la tipificación de este hecho de «cambiar la Constitución» puede verse que aquí no se puede entender por Constitución toda ley constitucional, y que el llamado concepto formal de Constitución conduce a un verdadero absurdo. Se designan ahí como Constitución sólo las «instituciones fundamentales del Estado» o «los fundamentos de la vida política»; se acentúa con razón que «no todo ataque al documento constitucional, no toda vulneración de un postulado de la Constitución» representa una alta traición contra la Constitución. «La alta traición contra la Constitución es anterior a todo documento constitucional, y nuestras Constituciones contienen postulados de importancia diversa» (Binding). Por eso se encuentran en las prescripciones jurídico-penales antiguas relativas a la alta traición otras tipificaciones del hecho que definen el fenómeno mejor que la equívoca palabra «cambiar la Constitución». El Derecho territorial general de Prusia, por ejemplo, parte II, 27, § 92, modelo de las posteriores prescripciones conceptuales, denomina alta traición a la empresa «dirigida a lograr una *revolución* violenta de la Constitución del Estado». Otras prescripciones jurídico-penales hablan de *suprimir* la Constitución, *derribarla* en todo o en parte o derogar sus *elementos capitales*, etc. También aquí se muestra la necesidad de distinguir la Constitución en sentido positivo y sustancial de las distintas disposiciones legal-constitucionales.

La literatura jurídico-penal es de una sola opinión en este punto: F. van Calker, en la *Exposición comparativa del Derecho penal*, parte especial, 1906, pág. 19; v. Liszt, 20.ª ed., pág. 551; Frank: *Comentario núm. 2 al § 81/2;* sobre todo, K. Binding: *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, parte especial, II, 2, pág. 435; Conde Dohna: *Deutsche Jur. Ztg.*, 1922, sp. 81/82 (sobre el proyecto de una ley de adaptación): «Sólo puede separarse con seguridad la alta traición, como hecho cerrado en sí mismo, de otros ataques no tan cualificados a órganos del Estado, cuando se afirma que en el primer caso necesita estar dirigida la intención a cambiar la *estructura* jurídica del *Estado.*» Más literatura en la disertación sostenida en Heidelberg por H. Anschütz: *Des Verfassungsbegriff des Tatbestandes des Verbrechens des Hochverrats*, 1926, págs. 28 y sigs. (manuscrito). El Tribunal del Reich *(Sachs. Arch.*, III, pág. 366), intenta, con razón, distinguir: «Hay que alejar la idea de que la ley (la ley penal), cuando habla de Constitución, se refiere al documento constitucional; no todas las

determinaciones contenidas en éste pueden ser objeto de una violación de la Constitución. No todo intento de suprimir un órgano constitucional representa un ataque a la Constitución. Antes bien, son objeto de ataque sólo aquellos elementos de la Constitución que forman los *fundamentos de la vida política del Estado,* y éstos, por lo demás, sin que importe que su regulación esté o no contenida precisamente en el documento constitucional.»

Alta traición es, pues, tan sólo, un ataque a la Constitución entendida en el sentido *positivo* que aquí se ha expuesto (§ 3, pág. 45). Cuestión distinta es la de si no resultarán otras diferenciaciones *dentro del hecho típico de la alta traición* a consecuencia de la distinción necesaria entre destrucción y supresión de la Constitución (arriba, pág. 115). Tal como suele definirse el concepto en la teoría y práctica penal de hoy, sólo pueden tener efectividad esas distinciones en el cuadro de la *medida* de las penas. Aquí, por lo demás, aparecen con gran vigor. Pues en una Constitución democrática no es lo mismo, claro está, una empresa dirigida a poner en movimiento el Poder constituyente del pueblo —que en definitiva es una llamada al pueblo, cuyo Poder constituyente puede estar ahogado por un aparato de organizaciones y competencias—, que si se trata de suprimir este Poder constituyente, siendo finalidad de la alta traición restaurar el principio monárquico o establecer una dictadura del proletariado. Igualmente, ha de enjuiciarse de distinto modo en una monarquía el tratar de establecer el principio democrático en lugar del monárquico y el intentar un golpe de Estado al servicio de la política del monarca dentro del marco de la monarquía. La esencia de todas estas distinciones consiste en que un concepto como «Constitución» no puede ser disuelto en normas y normatividades. La unidad política de un pueblo tiene en la Constitución su forma concreta de existencia. Delitos como alta traición o traición al país protegen la existencia política, no las formalidades previstas para revisar la Constitución, ni cualesquiera otras vigencias o normas. En consecuencia, ante hechos como alta traición o traición al país no puede justificarse nunca el ataque a la Constitución a base de que cualquier obligación internacional o norma ponga al Estado o a las autoridades estatales en situación de injusticia. Antes de toda norma, se encuentra la existencia concreta del pueblo políticamente unido.

Sección segunda

EL ELEMENTO CARACTERISTICO DEL ESTADO DE DERECHO EN LA CONSTITUCION MODERNA



§ 12

LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO BURGUES DE DERECHO

I. Por Constitución moderna del Estado burgués de Derecho se entiende aquí una clase de Constitución a la que pertenece la mayoría de las hoy existentes. Sólo por esta razón llamamos «moderna» a esta clase de Constituciones. La palabra no va ligada a ningún juicio de valor en el sentido del progreso, de la adecuación a los tiempos o cosa semejante.

1. La moderna Constitución del Estado burgués de Derecho se corresponde en sus principios con el ideal de Constitución del individualismo burgués, y tanto que se suelen equiparar estos principios a Constitución y atribuir el mismo significado a las expresiones «Estado constitucional» y «Estado burgués de Derecho» (arriba, § 4, pág. 58). Esta clase de Constituciones contiene, en primer término, una decisión en el sentido de la libertad burguesa: libertad personal, propiedad privada, libertad de contratación, libertad de industria y comercio, etc. El Estado aparece como el servidor, rigurosamente controlado, de la sociedad; queda sometido a un sistema cerrado de normas jurídicas o, sencillamente, identificado con ese sistema de normas, así que se convierte en sólo norma o procedimiento. En realidad, el Estado de Derecho, pese a toda la juridicidad y normatividad, sigue siendo un *Estado,* y contiene siempre un otro elemento específicamente *político,* a más del elemento específico del Estado de Derecho. Sobre esta unión y mixtura, abajo (§ 16, pág. 201). Por eso, no hay ninguna Constitución que sea, puramente y sin residuo, un sistema de normas jurídicas para la protección del individuo frente al Estado. Lo político no puede separarse del Estado —unidad política de un pueblo—; despolitizar el Derecho político *(Staatsrech)* no es otra cosa que «desestatizar» el Derecho político. Lo propio del Estado de Derecho es, tan sólo, una parte de toda Constitución moderna. Por eso resulta todavía atinado lo que dijo F. Stahl

sobre el Estado de Derecho: «No significa finalidad y contenido del Estado, sino sólo modo y carácter de su realización», frase a propósito de la cual declaraba un notable representante de la doctrina del Estado burgués de Derecho, Rodolfo Gneist, que podía «suscribirla literalmente» incluso cualquier adversario del punto de vista de Stahl (Stahl, *Staats- und Rechtslehre,* II, pág. 137; Gneist, *Der Rechtstaat,* 1872, pág. 60).

Sin embargo, este elemento típico del Estado de Derecho es tan significativo y característico para la Constitución moderna, y de otra parte, constituye en sí un tal sistema cerrado de principios, que ello justifica y hace necesario el exponerlo y tratarlo aisladamente.

2. La moderna Constitución del Estado burgués de Derecho es, por lo pronto, según su devenir histórico y su esquema fundamental, todavía hay dominante, una Constitución *liberal,* y liberal en el sentido de la *libertad burguesa.* Su sentido y finalidad, su τέλος, es, en primera línea, no la potencia y brillo del Estado, no la *gloire,* según la división de Montesquieu (arriba, § 4, II, 1, pág. 59), sino la *liberté,* protección de los ciudadanos contra el abuso del Poder público. Así, pues, se funda, como dice Kant, «en primer término, según los principios de la libertad de los miembros de una sociedad en cuanto seres humanos».

Kant: *Zum ewigen Frieden (La paz perpetua),* II, primer artículo definitivo; además: *Vom Verhältnis der Theorie zur Praxis im Statsrecht,* ed. Vorländer, Phil. Bibl., 47, página 87: «El estado civil, pues, como estado jurídico, está fundado en los siguientes principios *a priori:* 1) libertad de todo miembro de la sociedad, como ser humano; 2) la igualdad del mismo respecto de todos los demás, como súbdito; 3) la independencia de todo miembro de una comunidad, como ciudadano.» Las formulaciones de Kant son de interés aquí porque contienen la más clara, definitiva, expresión de estas representaciones principiales de la Ilustración burguesa, hasta ahora no sustituidas por ninguna nueva fundamentación ideal.

3. De la idea fundamental de la libertad burguesa se deducen dos consecuencias, que integran los dos principios del elemento típico del Estado de Derecho, presente en toda Constitución moderna. Primero, un *principio de distribución:* la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo *ilimitada en principio,* mientras que la facultad del Estado para invadirla *es limitada en principio.* Segundo, un *principio de organización,* que sirve para poner en práctica ese principio de distribución: el poder del Estado (limitado en principio) se *divide* y se encierra en un sistema de competencias circunscritas. El principio de distribución —libertad del individuo, ilimitada en principio; facultad del poder del Estado, limitada en principio— encuentra su expresión en una serie de derechos llamados fundamentales o de libertad; el principio de organización está contenido en la doctrina de la llamada división de poderes, es decir, distinción de diversas ramas para ejercer el Poder público, con lo que viene al caso la distinción entre Legislación, Gobierno (Administración) y Administración de Justicia —Legislativo, Ejecutivo y Judicial—. Esta división y distinción tiene por finalidad lograr

frenos y controles recíprocos de esos «poderes». Derechos fundamentales y división de poderes designan, pues, el contenido esencial del elemento típico del Estado de Derecho, presente en la Constitución moderna.

El ya citado art. 16 de la *Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano* dice, por eso, con razón: Un Estado sin derechos fundamentales y sin división de poderes no tiene Constitución, es decir, no tiene Constitución en el sentido del concepto ideal de Constitución propio del Estado burgués de Derecho. Para Kant todo Estado encierra tres poderes: «la voluntad general unida en personalidad triple como legislador, gobernante y juez» *(Rechtslehre,* II parte, *Das Staatsrecht,* § 45, *Vorländer,* página 136). Sólo un Estado con división de poderes tiene la «única Constitución jurídica», es una «pura República», porque sólo puede ser introducido el *señorío de la Ley* (en contraste con el señorío de hombres y arbitrariedad), mediante la separación del que legisla y el que aplica la ley y el que administra justicia. Toda supresión de esta distinción significa «despotismo» *(Zum ewigen Frieden,* Sección II, primer artículo definitivo, *Vorländer,* pág. 129). También Hegel afirma la distinción, si bien rechaza una separación mecánica y abstracta *(Rechtsphilosophie,* § 269, *Lasson,* pág. 206; además, págs. 220 y 357). En su obra de juventud sobre la Constitución de Alemania, 1802 *(Lasson,* pág. 3, nota), se refiere al despotismo de un Estado sin Constitución, bien que bajo la impresión de aquel art. 16 de la Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Ya antes de dicha Declaración había sido expresado ese pensamiento en las Constituciones americanas. La Declaración de derechos de Virginia (1776) dice en el art. 5.ª y en el texto de la Constitución misma: Cada uno de los tres poderes tiene que formar una sección separada, ninguno puede ejercer la función de otro, nadie puede ejercer función pública en más de una sección, etc. Análogamente, otras Constituciones americanas, si bien la Constitución federal de 1787, que realiza el principio con singular consecuencia, no contiene proclamación expresa. La Constitución *francesa* de 1791 repite el art. 16 de la Declaración de derechos del Hombre, y exige la separación de poderes *(séparation des pouvoirs).* La Constitución jacobina de 1793 no habla de división o separación de poderes, así como tampoco el proyecto de Constitución girondina (Condorcet), que se contenta en el art. 29 de su Declaración de derechos con hablar de la necesidad de una «delimitación de las funciones públicas por ley» y del aseguramiento de la responsabilidad de todos los funcionarios públicos. La Constitución de 1795, por el contrario (Constitución directorial del año III), proclama expresamente (art. 22 de su Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano): «La garantía social no puede darse si no existe la división de poderes, no están fijados sus límites y no está asegurada la responsabilidad de los funcionarios públicos.» La Constitución francesa de 4 de noviembre de 1848 declara en el art. 19: La separación de poderes es la primer condición de un Gobierno libre. Las Constituciones del Segundo Imperio (art. 1.ª de la de 14 de enero de 1852 y art. 1.º de la de 21 de mayo de 1870), dicen: «La Constitución reconoce, confirma y garantiza los grandes principios proclamados en 1789, que forman la base del Derecho público de los franceses.» No con la misma dogmática de principio, pero sí como afirmación expresa, determina la Constitución de Francfort de 28 de marzo de 1849 (§ 181), que la Justicia y la Administración han de estar separadas e independientes entre sí; se tenía por suficiente esa separación, porque sólo había cuenta de la defensa contra el Gobierno monárquico, mientras que nadie pensaba en una defensa contra el Legislativo, teniéndose por resuelto ese problema mediante la cooperación de la Representación popular en la Legislación; junto a eso se proclamaban los derechos fundamentales de los alemanes.

4. Aun allí donde, en una Constitución moderna del Estado de Derecho, no se encuentran expresamente pronunciados o promulgados los derechos fundamentales y la división de poderes, han de valer, sin embargo, como principios del Estado burgués de Derecho; pertenecen al contenido jurídico-positivo de toda Constitución que encierre una decisión a favor del Estado burgués de Derecho.

Acerca de que los derechos fundamentales (derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789) siguen en vigor con significación jurídico-positiva para el Derecho político francés, si bien las actuales leyes constitucionales de 1875 no los enumeran ya, comp. A. Lebon: *Das Verfassungsrecht der französischen Republik,* 1909, pág. 174: Los principios de la Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 han tomado tal carta de naturaleza en la conciencia de los franceses que se hace ocioso el fijarlos en la Constitución; además, Esmein-Nézard, I, pág. 561; Duguit: *Droit Constitutionnel,* 2.ª ed., II (1923), pág. 159; III, pág. 563.

5. La *Constitución de Weimar* enumera en su parte segunda los derechos y deberes fundamentales de los alemanes. Con esto, se reconoce el fundamental principio de distribución del Estado burgués de Derecho, si bien queda debilitada y oscurecida la impresión de ese reconocimiento al colocar prescripciones diversas que por razones políticas se quiso inscribir en el texto de la ley constitucional, además de programas de reforma social y otras cosas, junto y entre los derechos fundamentales propiamente dichos, de modo inmediato y asistemático. El principio de organización, de la distinción de los tres poderes, no está promulgado expresamente, pero reside en la base de las prescripciones orgánicas de la primera parte, y es también recognoscible en los epígrafes de las distintas secciones (Legislación del Reich, Administración del Reich, Administración de Justicia). La organización federal del Reich presupone en todo caso la distinción de poderes, porque la distribución de las competencias entre el Reich y los países no está, en general, regulada por materias, sino con arreglo a Legislación, Administración y Justicia. La organización de las autoridades del Reich descansa en la distinción usual entre legislación y Gobierno; dentro del Gobierno se realiza todavía una especial división de las facultades entre el Presidente del Reich y el Gobierno. Por último, el Reichsrat no se organiza como Cámara de Estados, y por eso pudo recibir una participación en la Administración; como Cámara de Estados, es decir, órgano legislativo, hubiera tenido que permanecer alejado, según los principios de una distinción consecuente entre Legislación y Administración, de los asuntos administrativos (H. Preuss, *Prot.,* pág. 120).

También para otras Constituciones vale el principio de la distinción de poderes como elemento necesario de la condición de Estado de Derecho. El Tribunal federal suizo pronunció, en su calidad de Tribunal de Estado, el principio fundamental de que «todo ciudadano posee el derecho de que los distintos poderes del Estado no actúen más allá de su esfera», siendo indiferente si, por lo demás, está expresamente proclamado el principio de la separación de poderes en la Constitución federal, o si resulta

espontáneamente de la distinción entre Poder legislativo, judicial y ejecutivo (demostración, en Fleiner: *Schweizerisches Bundesstaatsrecht,* pág. 447, notas 21 y 23).

II. *El concepto de Estado de Derecho.* El actual concepto de Estado de Derecho se ha fijado bajo el punto de vista de la libertad burguesa. De aquí recibe un sentido específico la equívoca expresión «Estado de Derecho».

1. Según la significación general de la palabra, puede caracterizarse como Estado de Derecho todo Estado que respete sin condiciones el Derecho objetivo vigente y los derechos subjetivos que existan. Esto significaría legitimar y eternizar el *status quo* vigente y tener por más importantes los «derechos bien adquiridos» —sea del individuo, sea de cualesquiera asociaciones y corporaciones— que la existencia política y seguridad del Estado. En este sentido, el viejo Imperio alemán, el Imperio romano de la Nación alemana, era, en los tiempos de su disolución, un ideal Estado de Derecho; su condición de tal no significaba otra cosa que la expresión y medio de su caída. Los derechos bien adquiridos de cualquier estamento o vasallos podían detener toda acción política. Pero con la supresión de la existencia política del Imperio quedaron suprimidos al mismo tiempo todos esos derechos bien adquiridos.

Así, puede decir Bluntschli (art. «Rechtstaat», en su *Staatslexikon)* que el Estado medieval *(Lehenstaat)* es un Estado de Derecho; o Max Weber *(Wirtschaft und Gesellschaft,* pág. 745) que el Estado de Derecho de la Edad Media fue un Estado de Derecho con derechos subjetivos, «un entresijo de derechos bien adquiridos», mientras que el moderno Estado de Derecho es una ordenación jurídica objetiva, es decir, un sistema de reglas abstractas. También Gneist habla, en su libro sobre el tema, de este Estado de Derecho en el Imperio alemán, pero sólo a causa de la jurisdicción, cuidadosamente articulada, que estaba prescrita para la protección de los derechos de todos contra todos, y sobre todo, también para la protección de los súbditos frente a disposiciones y ordenanzas de la autoridad del país que lesionaran el Derecho. No desconoce, por lo demás, que este sistema conduce a la disolución del Estado, porque descansa en la mezcolanza de derechos privados y públicos (pág. 52).

2. En el sentido del Estado burgués de Derecho, la palabra recibe su significación, por lo pronto, mediante una serie de contraposiciones; tiene, en primer término, como algunas de tales designaciones, un sentido polémico. Estado de Derecho significa el contraste frente al Estado de fuerza —el varias veces citado contraste entre *liberté du citoyen* y *gloire de l'état*—. Otra significación estriba en el contraste con el Estado de policía, de bienestar, o cualquier otra clase de Estado que no se proponga exclusivamente el mantenimiento del orden jurídico. Por orden jurídico es preciso entender un orden jurídico burgués basado en la propiedad privada y en la libertad personal, y considerar al Estado como la garantía armada de este orden, paz y seguridad burguesa.

3. El concepto del Estado burgués de Derecho recibe un sentido preciso cuando, no contentándose con los principios generales de la libertad burguesa y de la defensa del Derecho, se establecen ciertos *criterios orgá-*

nicos y se sostienen como característicos del verdadero Estado de Derecho. El fundamento general de la organización sigue siendo, naturalmente, el principio de la distinción de poderes. Pero, durante la lucha política de la burguesía liberal, se desprenden de este principio otras diversas consecuencias que llevan a acentuar y suscitar pretensiones especiales.

a) Sólo valdrá como Estado de Derecho aquel en que no puedan intentarse injerencias en la esfera de libertad individual sino *a base de una ley;* por lo tanto, sólo aquel Estado cuya Administración esté dominada, según la expresión de O. Mayer, por la «reserva» y «preeminencia» de la ley. La dirección polémica de esta especialización del concepto apunta contra la Administración; políticamente hablando, contra los medios de fuerza del Gobierno monárquico: ejército y burocracia. Sólo un Estado en el que toda la actividad administrativa, sobre todo la policía, se encuentre colocada a reserva y bajo la preeminencia de la ley, y sólo a base de ésta sean admisibles las injerencias en la esfera de libertad del individuo, se llama, pues, Estado de Derecho. El principio de la legalidad en la Administración pasa a ser la nota característica. La garantía de la libertad burguesa estriba, así, en la Ley; una ulterior cuestión es la de qué garantías se dan contra un abuso de la Ley; pero de esta cuestión no llegó a tener consciencia, en el siglo XIX, la burguesía alemana, porque todo el interés teórico y práctico se condensaba en la lucha contra el Gobierno monárquico y la Administración monárquica; comp. sobre esto, abajo, § 13.

b) Sólo valdrá como Estado de Derecho aquel cuya actividad total quede comprendida, sin residuo, en una suma de competencias rigurosamente circunscritas. La división y distinción de poderes contiene el principio básico de esta general *mensurabilidad de todas las manifestaciones de poder del Estado.* La exigencia de mensurabilidad se desprende del principio de distribución, propio del Estado burgués de Derecho, según el cual la libertad del individuo es ilimitada en principio, y toda facultad del Estado, por el contrario, limitada en principio y, por lo tanto, mensurable. Mensurabilidad general es el supuesto de controlabilidad general. Todas las actividades estatales, incluso legislación y gobierno, se pueden reducir a un previo funcionamiento calculable, según normas fijadas de antemano. Todo se encuentra apresado en una red de competencias, nunca ilimitadas en principio, ni siquiera las extremas, ni siquiera la «competencia de competencias»; nunca «plenitud de poder público», sino siempre facultad controlable, cuya extralimitación puede poner en movimiento un procedimiento de forma judicial. Por tal modo, se desprenden del sistema cerrado del Estado burgués de Derecho las exigencias de legalidad, competencia, controlabilidad y forma judicial. La Constitución aparece como la ley fundamental de este sistema de leyes. Se finge que, *primero,* la Constitución no es más que un sistema de normaciones legales; *segundo,* que este sistema es cerrado, y que, *tercero,* es «soberano», es decir, que nadie puede quebrantarlo, ni siquiera influir en él por razones y necesidades de la existencia política.

c) Como una característica orgánica de singular importancia en el Estado burgués de Derecho, se cita la *independencia judicial,* según la garan-

tiza el art. 102, C. a. No basta, claro está, garantizar la independencia para los pleitos de Derecho privado y para los asuntos penales. Esto nada tendría de particular —fue siempre así por completo en todas las Monarquías bien organizadas—. El interés de la burguesía liberal en lucha por el Estado de Derecho perseguía, ante todo, también un control judicial de los medios de poder propios del Gobierno monárquico, y concretamente de la burocracia administrativa. Así se explica que se haya designado como Estado de Derecho sólo a aquel en que hay un *control judicial de la Administración.* En el celo contra la «omnipotente burocracia», se llegó durante un tiempo a exigir la sumisión de la Administración toda a los *Tribunales civiles.* «Derecho y Ley pueden adquirir verdadera significación y fuerza sólo allí donde encuentren dispuesta una sentencia judicial para su realización.» Este postulado fundamental del pensamiento del Estado de Derecho se halla en el célebre escrito del consejero de Apelación de Hesse, Bähr *(Der Rechstaat,* Cassel, 1864). La particularidad de su característico escrito consiste en que sólo se aprecian como instancias judiciales los Tribunales civiles ordinarios; y así, toda la vida estatal puede ser sometida al control de jueces de partido y de apelación. De modo tal, el Estado de Derecho se convierte en el llamado *Estado de Justicia.*

Frente a esto se ha reconocido siempre en Estados de vida política de gran significación, en Prusia sobre todo, la necesidad de una *Justicia administrativa* especial. Rodolfo Gneist, particularmente, en su muy citado escrito sobre el Estado de Derecho (1872), ha representado la exigencia de una jurisdicción administrativa especial, después que Lorenzo von Stein se hubo enfrentado en su *Verwaltungslehre* —Teoría de la Administración— (Stuttgart, 1865) con aquellas construcciones jusprivatistas y mostrado las singularidades del Poder ejecutivo. Así, llegó a ser la Justicia administrativa una característica orgánica del Estado de Derecho. Gneist asoció aquí de un modo peculiar su concepto de la Administración autónoma como actividad honoraria de los ciudadanos ricos e instruidos, con el concepto del Estado de Derecho. El pensamiento básico de sus construcciones es la necesidad de integrar la sociedad (esto es, la burguesía rica e instruida) en el Estado, pensamiento cuyos supuestos sistemáticos deben buscarse en Lorenzo von Stein. Lo que Gneist tenía en la imaginación puede descubrirse bien en la siguiente frase: «Los órganos de la jurisdicción administrativa no pueden ya, dentro de un Estado constitucional, seguir consistiendo exclusivamente en la burocracia profesional; antes bien, requieren una estructura orgánica salida del seno de la sociedad (con esto se pensaba en la actividad honoraria de *ciudadanos instruidos, no funcionarios).* En esta nueva estructura está el punto de Arquímedes del actual Estado de Derecho» (páginas 159/160).

De modo tal, cada vez se especializa más el criterio orgánico del Estado burgués de Derecho. En general, puede decirse que, según la concepción de hoy, basta con que, para el terreno del Derecho administrativo se organicen como Tribunales administrativos unos especiales, con jueces independientes, que decidan dentro de un procedimiento de forma judicial. La

regulación de la Ley prusiana de Administración, de 30 de julio 1883, satisfizo el mínimum de esta modalidad del Estado de Derecho, si bien no concede ninguna posibilidad general de demanda, al modo de la jurisdicción civil, sino que se atiene al llamado principio enumerativo; es decir, que sólo pueden llevarse ante el Tribunal administrativo aquellos asuntos respecto de los cuales la Ley lo consienta expresamente (sistema que suele denominarse de acciones).

4. El ideal pleno del Estado burgués de Derecho culmina en una *conformación judicial general* de toda la vida del Estado. Para toda especie de diferencias y litigios, sea entre las autoridades superiores del Estado, sea entre autoridades y particulares, sea, en un estado federal, entre la Federación y un Estado-miembro, sea entre Estados-miembros, etc., habría de haber, para ese ideal de Estado de Derecho, un procedimiento en que, sin atención a la clase de litigio y de objeto litigioso, se decidiera a la manera del procedimiento judicial. Con esto se olvida que el supuesto más importante de un tal procedimiento es que haya normas generales en vigor. Pues el juez es «independiente», sólo a condición de que haya una norma de la que dependa, tanto más incondicionalmente cuanto que por «norma» es preciso entender una regla general fijada de antemano (abajo, § 13). Sólo la validez de una tal regla da fuerza a la decisión judicial. Allí donde esa norma falta, puede hablarse, a lo sumo, de un procedimiento de mediación, cuyo resultado práctico depende de la autoridad del mediador. Si la importancia de la propuesta de mediación depende del *poder* del mediador, entonces no hay mediación auténtica, sino una decisión *política* más o menos ecuánime. El juez, como tal, no puede tener nunca un poder o autoridad independiente de la validez de la Ley. Un mediador o un componedor puede gozar, incluso sin poder político, de una autoridad personal más o menos grande, pero sólo bajo el doble supuesto de que, *primero,* a las partes litigantes les sean comunes ciertas ideas de equidad, decencia, o ciertas premisas morales, y, *segundo,* que las contraposiciones no hayan alcanzado todavía el grado extremo de su intensidad. Aquí está el límite de toda forma judicial y de toda composición. El Estado no es sólo organización judicial; es también cosa distinta a un juez arbitral o un componedor neutral. Su esencia estriba en que adopta la *decisión política.*

5. *El problema de la Justicia política.* En el caso de litigios que, existiendo una conformación judicial general, habrían de ser decididos competentemente, según sus circunstancias o el objeto litigioso, por los Tribunales ordinarios —civiles, penales o administrativos—, puede acusarse tan vigorosamente el carácter político de la cuestión litigiosa, o el interés político del objeto litigioso, que haga necesario atender, incluso en un Estado burgués de Derecho, a la singularidad política de tales casos. Aquí reside el problema propio de la justicia política. No se trata con esta cuestión de que se resuelvan en un procedimiento de forma judicial, sin atención a normas de decisión reconocidas, contraposiciones de interés político, convirtiéndolas de este modo en litigios jurídicos, sino que, al contrario, para

ciertas clases de auténticos litigios jurídicos, se previene un procedimiento especial o una instancia especial, en consideración a su carácter político. Esto ocurre menos, como es natural, en el terreno de los asuntos de Derecho privado; pero se da en los asuntos penales y en los pleitos en que el objeto litigioso es de Derecho público. Con esto se produce siempre la típica desviación de la conformación judicial del Estado de Derecho: la atención al carácter político mediante singularidades de organización u otras, que debilitan el principio de la conformación judicial *general* del Estado de Derecho.

Los ejemplos más importantes son los que siguen:

a) Tratamiento especial, por lo que se refiere al juez penal, de los *delitos políticos,* sobre todo, alta traición y traición al país. Según el Derecho alemán, por ejemplo (Ley orgánica de los Tribunales, § 134), es competente en primera y única instancia el Tribunal del Reich, en los casos de alta traición, de traición al País y de traición de guerra contra el Reich, así como de los delitos contra los §§ 1, 3 de la Ley contra el quebrantamiento de secretos militares, de 3 de julio 1914. En el § 13 de la Ley de Defensa de la República, de 21 de julio 1922 *(Gac. Leg. del Reich,* I, pág. 585), se declaró competente para una serie de delitos políticos un *Tribunal* especial *de Estado,* cuya competencia, por lo demás, ha sido devuelta, en cuanto se trate de asuntos penales, a los Tribunales ordinarios, a partir de 1.° de abril 1926 (Ley de 31 de marzo 1926; *Gac. Leg. del Reich,* I, pág. 190).

En otros Estados es competente para procesos políticos especiales una *segunda Cámara* en calidad de Tribunal de Estado, siguiendo el modelo inglés de la Cámara Alta (que, por lo demás, carece ya hoy de objeto); así, el art. 9.° de la Ley constitucional francesa de 24 de febrero de 1875: por un Decreto del Presidente de la República se erige el *Senado* en Tribunal de Justicia *(Cour de justice)* y conoce de las acusaciones sostenidas por la Cámara de los Diputados contra el Presidente de la República o contra un Ministro, así como de los atentados cometidos contra la seguridad del Estado. En tal concepto ha tramitado algunos casos famosos (Boulanger, Deroulède). Otras Constituciones francesas previeron para tales casos Tribunales de Estado especiales, así, las Constituciones del año III (1795), de 4 de noviembre de 1848 y de 14 de enero de 1852.

b) Acusaciones contra Ministros y Presidente, sostenidas por la Representación popular y falladas, o bien por una segunda Cámara, o por un especial Tribunal de Estado; aquí se supone una responsabilidad *jurídica.*

Art. 59, C. a.: «El Reichstag puede acusar ante el Tribunal de Estado del Reich alemán al Presidente del Reich, al Canciller y a los Ministros que hubieran violado de modo punible la Constitución o una ley. La proposición para elevar la acusación tiene que ir suscrita por cien miembros, al menos, del Reichstag, y requiere el voto conforme de la mayoría prescrita para reformar la Constitución.» El detalle está regulado en la ley sobre el Tribunal de Estado de 9 de julio de 1921 *(Gaceta Leg. del Reich,* 905). Ejemplo de competencia de una *segunda Cámara* como Tribunal de Estado en caso de acusación de Ministros, el Senado francés, según la Ley constitucional de 24 de febrero de 1875; comp., arriba, en *a).*

La significación, típica del Estado de Derecho, que presenta la acusación ministerial desaparece con la «responsabilidad» *parlamentaria* de los Ministros. Esta responsabilidad suele contraponerse, como responsabilidad «política», a la responsabilidad «jurídica» (acusación ministerial ante un Tribunal de Estado). Por lo tanto, la palabra «responsabilidad» es aquí imprecisa y equívoca (comp. abajo, § 25, pág. 308), y, sobre todo, lo «jurídico-político» no puede contraponerse a lo «político». Pues nada de lo relativo al Estado puede ser apolítico. Pero un procedimiento dirigido contra un Ministro o Presidente, que se inicia con una acusación del Parlamento y concluye con una decisión de un Tribunal de Estado dotada de fuerza jurídica, no es ni un procedimiento penal especial, ni propiamente Justicia. La regulación del ya citado art. 59 de la Constitución de Weimar es muy oscura y contradictoria. Se habla de una violación *punible* de la Constitución o una ley del Reich; la Constitución queda, pues, situada, desconociendo su esencia, en el mismo plano que «una ley del Reich». La consecuencia, al menos para los Ministros, es un hacinamiento confuso de «responsabilidades». Junto a la responsabilidad civil y penal general, por ejemplo, basada en alta traición y traición al País, existe para los Ministros una «responsabilidad política», según el art. 54, y junto a eso, todavía esta responsabilidad regulada en el art. 59, C. a. Hoy ya no tiene un sentido específico: se encuentra en la Constitución de Weimar, como algunas otras prescripciones de este texto, en calidad de supervivencia de las situaciones de Derecho público de la Monarquía constitucional. Junto al procedimiento penal podría servir, a lo sumo, a las pasiones políticas o a la finalidad de hacer una demostración política, si había de tener un sentido práctico. Otra cosa ocurre en el caso de la acusación presidencial. Esta no ha quedado sin objeto en igual manera mediante la «responsabilidad parlamentaria». Pero tampoco tiene una significación independiente junto a un procedimiento penal por alta traición o traición al País. No es ni un caso auténtico de Justicia política, pues entonces excluiría la competencia de otros Tribunales y no podría darse un procedimiento penal duplicado con violación del postulado *ne bis in idem,* ni es, en absoluto, Justicia, con lo que no debería introducirse ningún procedimiento de forma judicial.

c) Los *litigios constitucionales* auténticos son siempre litigios políticos; acerca de su solución, arriba, § 11, III, pág. 126.

d) La decisión de dudas y divergencias de opinión sobre la constitucionalidad de leyes y reglamentos por un Tribunal especial (Tribunal de Estado, Tribunal constitucional, Tribunal de Justicia constitucional; comprobar arriba, § 11, III, 4, pág. 131) no es una decisión procesal auténtica; pero, a pesar de eso, está encerrada en este complejo de intereses, porque con ella se da una delimitación de la competencia general de comprobación judicial.

Se suele designar como exigencia del Estado de Derecho el que los Tribunales tengan que comprobar la constitucionalidad de las leyes que han de aplicar; así, H. Preuss, en la Comisión de Constitución de la Asamblea nacional de Weimar, *Prot.*, pág. 483-

484, donde designa la exclusión del derecho de comprobación judicial en el artículo 106 de la Constitución prusiana de 1850 como «victoria ruidosa de la reacción sobre el Estado de Derecho de 1848», remitiéndose a Gneist. Sin embargo, este punto de vista supone una separación impracticable entre *Derecho* (constitucional) y *política*. El juez se encuentra también dentro del «proceso de la integración política» (R. Smend) en que se forma la unidad política; y una decisión sobre «constitucionalidad», especialmente, no es nunca una decisión apolítica. «La cuestión de la comprobación de la constitucionalidad de las leyes por entidades ajenas a las legislaturas es, de hecho, una cuestión política de importancia extraordinaria, que afecta al rango, a la autoridad del legislador. Tales cuestiones no pueden ser resueltas por la sola ciencia jurídica» (Hofacker, *Der Gerichtssaal,* t. XCIV, 1927, págs. 221-2). Por eso, suele prevenirse, en las leyes que confían la decisión a un Tribunal especial, que sólo ciertas autoridades supremas o corporaciones políticas pueden apelar a ese Tribunal. En el caso del artículo 140 de la Constitución federal austríaca, por ejemplo, pueden apelar al «Tribunal de Justicia constitucional» sólo el Gobierno federal o los Gobiernos de los Países. Según la ley checoslovaca de 9 de marzo de 1921, antes citada (§ 11, III, 4), sólo el Tribunal Supremo, el Tribunal administrativo supremo, el Tribunal electoral, la Cámara de Diputados, el Senado o la Dieta ruso-cárpata pueden proponer la decisión. El artículo 13, 2, de la Constitución de Weimar determina que en caso de dudas o divergencias de opinión acerca de si un precepto del Derecho de un País es conciliable con el Derecho del Reich puede apelar a la decisión de un Tribunal Supremo (el Tribunal Supremo, según la Ley de 8 de abril de 1920, *Gac. Leg. del Reich,* pág. 510) la autoridad del Reich o *central* del País, competente al caso. Según un proyecto de Ley del Reich de 1926 sobre la comprobación de la constitucionalidad de las leyes y reglamentos del Reich, pueden reclamar la decisión del Tribunal de Estado el Reichstag, el Reichsrat o el Gobierno, pero quedando exceptuados los tratados con Estados extranjeros y las leyes determinadas por ellos; es de observar en este proyecto alemán que no excluye la competencia judicial de comprobación. Para este proyecto —a más del ya citado artículo de R. Grau, *AöR.,* nueva serie, 11, 1926, págs. 287 y sigs.—, sobre todo, F. Morstein Marx, *Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmässigkeit des Gesetzes,* Berlín, 1927, págs. 129 y sigs., cuyas explicaciones —de singular interés a causa de su argumentación con los principios del *Estado de Derecho*— hacen derivar (remitiéndose a O. Bähr y R. Gneist) del *pensamiento del Estado de Derecho* la «plena competencia judicial de comprobación». El establecer un Tribunal especial para decidir de la constitucionalidad de una Ley significa, sin embargo, una desviación por razones políticas de la lógica del Estado de Derecho.

e) Tratamiento especial de los *actos de gobierno* o *actos políticos* específicos en el terreno de la Administración de justicia. En algunos países, sobre todo Francia y los Estados Unidos de América, en que cabe una comprobación general judicial o contencioso-administrativa de actos del Ejecutivo, la práctica ha llevado a exceptuar de ese control judicial los actos de gobierno o «actos políticos» y a suprimir toda comprobación judicial o contencioso-administrativa. La delimitación de los actos políticos respecto de los que no lo son es, por lo demás, cuestionable; una característica segura, automática, del «acto de gobierno» no ha surgido hasta ahora de aquella experiencia.

Jèze: *Les principes généraux du droit administratif,* I, 3.ª ed., 1925, pág. 392, donde considera la distinción como sólo una cosa de *opportunité politique;* R. Alibert,

Le contrôle juridictionnel de l'administration, París, 1926, págs. 70 y sigs.; más literatura, en R. Smend, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform,* Homenaje a Kahl, Tubinga, 1923, págs. 5 y sigs.

f) Examen de actas de las elecciones más importantes políticamente (elecciones al Parlamento, o elección del Jefe del Estado). El examen de actas pertenece, en sí, al terreno de la jurisdicción administrativa. Sólo por la significación política de las elecciones más importantes se organiza de manera especial, en casos, el examen de actas. Por razones políticas, suele dejarse al Parlamento el de las elecciones al Parlamento (así, art. 27, 1, C. a.). Pero, con frecuencia, se forma también un Tribunal especial de comprobación de actas, establecido de distintos modos, para justificar tanto la objetividad de la comprobación de actas como también, al mismo tiempo, el especial interés político de ese hecho.

Art. 31, C. a.: «Se formará un Tribunal de examen de actas en el Reichstag. Decide también sobre la cuestión de si un diputado ha perdido la condición de tal.

El Tribunal de examen de actas se compone de miembros del Reichstag, que éste elige para el tiempo de su diputación, y de miembros del Tribunal administrativo del Reich, que nombra el Presidente del Reich a propuesta de la Sala de gobierno de ese Tribunal.»

Este Tribunal de examen de actas, formado para el Reichstag, comprueba también el resultado de la elección del *Presidente del Reich,* § 7 de la Ley sobre elección del Presidente del Reich, de 6 de marzo de 1924 *(Gac. Leg. del Reich,* I, pág. 849).

§ 13

EL CONCEPTO DE LEY PROPIO DEL ESTADO DE DERECHO

I. *Derecho y Ley en el Estado burgués de Derecho.*

1. El Estado burgués de Derecho se basa en el «imperio de la Ley». Por eso es un Estado *legalitario*. Pero la Ley ha de guardar una conexión con los principios del Estado de Derecho y de la libertad burguesa, si ha de subsistir el Estado de Derecho. Si Ley es todo lo que manda determinado hombre o Asamblea, sin distingos, una Monarquía absoluta será también un Estado de Derecho, pues en ella impera la «Ley», en este caso, igual a la voluntad del Rey. También la actual República soviética y la dictadura del proletariado sería un Estado de Derecho, pues también hay allí un Legislador y, por consiguiente, Leyes. Para que el «imperio de la Ley» conserve su conexión con el concepto de Estado de Derecho es necesario introducir en el concepto de Ley ciertas *cualidades* que hagan posible la distinción entre una *norma jurídica* y un simple *mandato* a voluntad, o una *medida.*

Los profesores Alexejev (comp. *Jahrb. ö R.*, XIV, 1926, pág. 326) y Timacheff consideran la República de los Soviets como un Estado en que se da un Derecho escrito y legislado, pero que no tiene el carácter de *Ley*. Es del caso la observación, singularmente interesante, de Mirkine-Guetzevitch, *Revue du Droit Public,* 42 (1925), página 126: las normas de una dictadura de clase no son leyes, porque el *hecho* precede al *Derecho;* no es, pues, una «legalidad». En todo caso, si ha de subsistir una conexión entre el concepto de Estado de Derecho y el imperio de la Ley, es claro que no puede ser *Ley* toda medida discrecional del legislador competente.

2. Libertad burguesa y todas las notas antes desarrolladas (§ 12, II, página 141) del Estado de Derecho, presuponen un concepto determinado

de Ley. «Imperio de la Ley» sería una expresión vacua, de no recibir su sentido propio mediante una determinada *contraposición*. Esta concepción básica del Estado de Derecho envuelve, tanto desde el punto de vista histórico como desde el lógico, una recusación del «imperio de *hombres*», se trate de un individuo, o de una asamblea o corporación, cuya *voluntad* se coloca en el lugar de una norma *general*, fijada de antemano e igual para todos. Imperio de la Ley significa, ante todo y en primer término, que el Legislador mismo queda vinculado a su propia Ley y que su facultad de legislar no es el medio para una dominación arbitraria. La vinculación del Legislador a la Ley es posible, sin embargo, sólo en tanto que la Ley es una norma con ciertas propiedades: rectitud, razonabilidad, justicia, etc. Todas estas propiedades presuponen que la Ley es una norma *general*. Un Legislador cuyas medidas concretas, órdenes especiales, dispensas y quebrantamientos, valgan también como leyes, al igual que sus normaciones generales, no está ligado a su Ley en ninguna forma concebible; la «vinculación a la Ley» es una expresión sin sentido para aquellos que pueden hacer «leyes» arbitrarias.

La burguesía, en lucha por su libertad y su Estado de Derecho, adoptó aquí un concepto de Ley que descansa en una vieja tradición europea y que pasó, desde la Filosofía griega, a la Edad Moderna, a través de la Escolástica: Ley no es la *voluntad* de uno o de muchos hombres, sino una cosa *general-racional;* no *voluntas,* sino *ratio.* Esto vale, sin distinción de formas de gobierno, para Monarquía, Aristocracia y Democracia. Por eso distingue Aristóteles una Democracia en que impera la Ley (νόμος), de otra clase de Democracia en que imperan las resoluciones populares (ψηφίσματα), y no las leyes. «En las Democracias vinculadas a las Leyes no aparece ningún demagogo, sino que los ciudadanos más virtuosos tienen la precedencia. Pero donde las Leyes no tienen el poder sumo, aparecen demagogos, pues allí el pueblo se convierte en un Monarca, y por cierto, de muchas cabezas» *(Política,* lib. IV, cap. 4, n. 4). También para Santo Tomás de Aquino la Ley es una *rationis ordinatio,* en contraste con la voluntad, conturbada por las pasiones, de un individuo o de una masa de hombres. Sobre el desarrollo en los siglos XVI y XVII, Gierke, *Althusius,* págs. 280 y sigs. Suárez reconduce la vinculación del legislador a sus propias leyes de esta manera: siendo las leyes una *regula virtutis,* deducidas del *ius naturale,* por la razón, resultan por ello válidas también para el legislador, pues claro está que un simple acto de voluntad que él quiere no puede vincularle cuando ya quiere otra cosa.

El contraste más acusado frente a este concepto de Ley propio del Estado de Derecho lo ofrecen los representantes del absolutismo del Estado. Hobbes acuñó en esto la fórmula clásica: *auctoritas, non veritas facit legem (Leviathan,* cap. 19); la Ley es voluntad y mandato es su sabio consejo; no vale por virtud de cualidades morales y lógicas, sino precisamente como mandato. En la lucha contra este concepto absolutista de Ley y en la lucha contra el postulado de los representantes del absolutismo, según el cual el Príncipe está *legibus solutus,* se afinó la conciencia del concepto de Ley propio del Estado de Derecho. Los *monarcómanos* la tuvieron (comp. Gierke, *Althusius,* pág. 280), y en Inglaterra misma, a pesar de la supuesta omnipotencia del Parlamento inglés, no ha desaparecido la conciencia de la distinción. Ahí dio Locke la formulación clásica del Estado de Derecho y habló de Leyes positivas fijadas de antemano *(antecedent, standing, positive laws),* designando como antijurídicas todas las leyes *ex-post-facto.* Lo que pueda verificarse sin norma *(without a «rule»),* porque de-

pende de la situación de las cosas, no pertenece a la Legislación (comp. la demostración, *Diktatur*, págs. 41-2). Según Bolingbroke, el verdadero Estado está instituido como el Cosmos: dirigido por quien todo lo sabe, y gobernado por quien todo lo puede, apoya su ordenación en la unión de sabiduría y poder, lo que para él significa Legislativo y Ejecutivo, esto es, Parlamento y Monarca; el Parlamento de las Leyes, que deben valer sin excepción, siendo la sabiduría del Estado, *the wisdom of the State*, y prescribe al *power* del Rey las reglas. Ni Dios ni el Rey pueden quebrantar una Ley (*Phil. Works*, V, pág. 147). Montesquieu funda de modo análogo a Locke su doctrina de la división de poderes, diciendo: cuando la misma corporación que da las leyes tiene también el Ejecutivo, podría, como legislador, arruinar al Estado con sus *volontés générales*, y además, como Ejecutivo, aniquilar a todo ciudadano particular con sus *volontés particulières* (lib. XI, cap. 6, del *Esprit des Lois*); con la separación de Legislativo y Ejecutivo se impedirá esa unión de normas generales y mandatos individuales; un Gobierno que «puede adoptar decisiones particulares sin estar vinculado a Leyes generales, sólidas y permanentes» es despótico. Este pensamiento de la vinculación a una norma susceptible de verdadera vinculación («invulnerable», según la expresión de Otto Mayer), es el nervio esencial de todo pensamiento de Estado de Derecho. Se muestra en la definición legal del proyecto de Constitución de los girondinos de 1793, sección II, art. 4: *les caractères qui distinguent les lois sont leur «généralité» et leur «durée indefinie»*, mientras que los decretos se caracterizan por su aplicación local o particular y por la necesidad de renovación periódica; junto a eso, dicha Constitución reconoce medidas (*mesures*); hay que señalar, ante todo, como medidas tales, las actuaciones del estado de excepción en el artículo 7.

La doctrina política alemana de los siglos XVIII y XIX sostuvo este concepto en tanto que no perdió la conciencia de los principios del Estado burgués de Derecho. Para Kant es «despótico» un Gobierno que al mismo tiempo fuera Legislación, y un legislador que al mismo tiempo adoptara actos de gobierno; Kant se mueve aquí por entero dentro del pensamiento del Estado de Derecho con división de poderes, en el que «impera la Ley misma y no persona alguna» (*Zum ewigen Frieden*, 2.ª parte, primer artículo definitivo, *Vorländer*, pág. 199; *Teoría del Derecho*, 2.ª parte, *El Derecho público* (Conclusión), *Vorländer*, pág. 186, etc.). También para Hegel la Ley es la verdad presentada en forma de cosa general (*Rechtsphilosophie*, pág. 210); el poder legislativo pronuncia la generalidad; el ejecutivo, la especialidad (pág. 358). Los propugnadores políticos y los teorizadores jurídicos del Estado de Derecho dan por supuesto incondicionalmente el concepto general de Ley. Así se expresa R. Mohl: «A la Ley es esencial una determinada fijación, llamada a la permanencia; en todas esas especies (ley constitucional, leyes ordinarias) la *generalidad* del mandato es una propiedad esencial»; «la regulación de un cierto caso jurídico por una Ley especial es inadmisible, en tanto se trata de hechos ya consumados, a los que son de aplicación los preceptos fundamentales ya existentes». Lorenzo von Stein dice en su *Verwaltungslehre* (1.ª edición, 1865, pág. 78): «La Ley surge siempre, según su más alta esencia, de la conciencia común de la vida del Estado, y se propone por eso alcanzar también siempre dos metas: quiere, por una parte, captar lo *idéntico* en todas las relaciones de hecho, y fijar la voluntad del Estado precisamente para lo idéntico en todo lo diverso.» La Ley, pues, tiene que «fijar todos sus objetos con unidad y homogeneidad»; la ordenanza, por contra, surge, ante todo, de los *hechos* «y con ellos, de las singularidades y cambio de los mismos». También en Rodolfo Gneist, tanto en su *Rechtsstaat*, 1872, como en otros escritos de este campeón liberal de la idea del Estado de Derecho, está siempre supuesto el concepto de Ley como norma general, firme, en contraste con las órdenes concretas y quebrantamientos, que pueden ser dispuestos por la voluntad de un Príncipe absoluto o por acuerdo mayoritario de un Parlamento.

3. El concepto de Ley propio del Estado de Derecho se encuentra, pues, dentro de una cierta tradición; los ejemplos ya aportados pueden aumentarse con facilidad [1]. Las distintas propiedades de la Ley que vienen al caso (justicia, razonabilidad) se han hecho problemáticas por haber perdido su evidencia el Derecho natural. Tampoco la apelación a la «Fidelidad y Fe» como principio jurídico general (así, la manifestación de la Directiva de la Unión de Jueces en el Tribunal del Reich contra las decisiones del Legislador, *Jur. Wochenschrift,* 1924, pág. 90) puede sustituir a esas convicciones jusnaturalistas en situaciones política y económicamente difíciles. A una propiedad, sin embargo, no cabe renunciar sin que el Estado de Derecho mismo desaparezca: al carácter *general* de la norma jurídica. Ahí se encuentra la seguridad última de la vieja distinción del Estado de Derecho entre Ley y mandato, *ratio* y voluntad, y, con ello, el último resto del fundamento ideal del Estado burgués de Derecho. Cuando H. Triepel critica el abuso de la facultad de legislar del Reichstag, y dice: «La Ley no es sagrada; sólo el Derecho es sagrado; la Ley se encuentra sometida al Derecho» (Homenaje a Kahl, 1923, pág. 93), habla aquí la conciencia de aquella vieja tradición del Estado de Derecho; pero el contraste no es de Derecho y Ley, sino de un concepto bien entendido de Ley, a distinción de un formalismo desesperado que caracteriza como Ley todo lo que surge en el procedimiento prescrito para la Legislación. También resulta fundado por lo que se refiere al contenido, pero mal expresado, cuando J. Goldschmidt construye la palabra «nomomaquia» para la lucha contra el abuso del Poder legislativo (*Jur. Wochenschrift,* 1924, págs. 245 y sigs.). Lo que precisamente falta es el *Nomos,* y el abuso consiste en desconocer el mínimum que debe quedar del viejo concepto racional de Ley auténtica, en desconocer el carácter general de la norma jurídica. Todo lo que se diga del imperio de la Ley o del imperio de la norma, todas las expresiones relacionadas con la «normatividad», son, en sí mismas, contradictorias y confusas cuando desaparece ese carácter general y puede pasar por «norma» o «Ley» cualquier mandato, cualquier medida.

II. *El llamado concepto formal de Ley.* El problema del concepto de Ley que corresponde al Estado de Derecho se agrava al considerar que para una Constitución no es suficiente el elemento característico del repetido Estado de Derecho; ha de existir también un concepto *político* de Ley, junto al que es propio de ese tipo de Estado.

Pero, antes de tratar esta duplicidad del concepto, hay que poner en claro la especialidad del llamado concepto formal de Ley. Pues los con-

[1] En la ojeada, en G. Jellinek, *Gesetz und Veordnung,* págs. 113 y sigs., se encuentran numerosas noticias sobre el concepto de Ley; sin embargo, las citas de Jellinek están extraordinariamente mal entendidas e incluso inexactas; en la pág. 113, por ejemplo, aporta una manifestación de Pfister que precisamente muestra hasta qué punto se sostiene el carácter de *generalidad* de la Ley. Los malentendidos de Jellinek van tan lejos que en la pág. 30 traduce el giro *without a rule* por «sin precepto especial» (!), mientras que lo esencial está precisamente en que significa «sin regla general». «Regla» y «voluntad» se usan indistintamente (pág. 35), y lo más asombroso es que hace aparecer a Hobbes (pág. 45) como representante del concepto aristotélico de Ley.

ceptos de Ley y de Estado de Derecho se encuentran muy oscurecidos, a causa de haberse aplicado, por razones y necesidades políticas, el procedimiento legislativo y la competencia de los órganos legislativos a otros actos del Estado, como si fueran de legislación. De aquí surge el concepto de «ley formal», que aparece, así, como contrapartida de «ley material».

1. Para el concepto formal de Ley se da la definición siguiente: Ley es lo acordado por los órganos legislativos competentes, dentro del procedimiento legislativo prescrito. Trasladar y extender las competencias y procedimientos no es, en sí, cosa desusada, ni una formalización del concepto es, en sí, nociva. Puede trasladarse, por ejemplo, el procedimiento mediante el cual se deciden los litigios jurídicos a otros asuntos, acaso al examen de actas electorales, o la canonización. Entonces podrá hablarse de un «litigio jurídico en sentido formal» y decir que el examen de actas o la canonización son litigios jurídicos. Todavía con mayor generalidad podrían designarse como «Justicia» todos los asuntos oficiales que un juez resuelve al amparo de la independencia judicial, etc. Tales determinaciones formalistas pueden producirse en diversos sectores de la práctica jurídica; definiciones semejantes tienen, en un marco muy estrecho, el valor práctico de medio auxiliar utilizable. Para un juez penal, por ejemplo, o un funcionario forestal, puede plantearse la cuestión de qué animales han de designarse como «silvestres», y cabe responder en la práctica: «Son silvestres aquellos animales que un cazador con licencia está autorizado a matar, en el ejercicio de su derecho, fuera del tiempo de veda.» O un funcionario de la Administración de trigos podría definir: «Pan es lo que el poseedor de un bono de pan está autorizado a obtener mediante su bono», etc. De esta manera surgen una serie de determinaciones de conceptos formales que tienen un cierto sentido técnico-práctico, y con los que se puede trabajar hasta un cierto límite en un sector especial de la práctica jurídica. No son, en realidad, determinaciones conceptuales, sino, en parte, abreviaturas y, en parte, ficciones, y tienen el valor relativo y limitado de tales abreviaturas o ficciones. Pero sería absurdo ver en eso el método jurídico específico y creer que puede tratarse así, desde el punto de vista científico, un serio problema de la Jurisprudencia.

2. Esto, sobre todo, por lo que se refiere a prescripciones legal-constitucionales. Si es característico de la organización de la Monarquía constitucional el que sólo pueda hacerse una ley con la cooperación de la Representación popular, que ha luchado por ensanchar el volumen de su cooperación, extendiéndola en lo posible a todos los actos políticos importantes —concesión de tributos, aprobación del presupuesto, declaración del estado de sitio, declaración de guerra, nombramientos, otorgamiento de la gracia, concesiones de empresas importantes, anexiones de municipios, cambios de territorio, etc.— no es más que un simple ardid de técnica verbal, y no otra cosa, el fijar en Ley consitucional que tales actos políticos se realizan «en forma de Ley», o cuando se establece consuetudinariamente que para tales actos haya de elegirse el procedimiento de la legislación. El sentido y significación del concepto «formal» se agotan con decir que la Represen-

tación popular (el Parlamento) tiene la misma cooperación y competencia para tales actos —si bien no son actos de Legislación, y a pesar de ello— que en los actos legislativos. Así como pueden resolverse todas las cosas posibles en «forma judicial», también cabe hacerlo en «forma de ley». Lo formal no tiene una significación en sí mismo, no hay que considerarlo como «forma» en ningún sentido especial o eminente, sino tan sólo como expresión abreviada de una ampliación de carácter extraordinario de la competencia de ciertas instancias.

Puede extenderse, según lo dicho, el procedimiento legislativo, sea por expresa prescripción de la Ley constitucional, sea por práctica consuetudinaria, a otros asuntos, como si fueran actos de legislación. La Constitución de Weimar contiene una serie de ejemplos, que en parte se corresponden con la regulación constitucional de los demás Estados modernos y, en parte, son nuevos y peculiares.

Art. 85, C. a.: «El presupuesto será fijado *por una ley* al comienzo del año económico.» Art. 87, C. a.: «No deben aportarse medios económicos apelando al crédito, sino por una necesidad extraordinaria y, por regla general, sólo para fines reproductivos. Sólo puede apelarse al crédito y prestar la garantía del Reich mediante una ley.» Art. 18, 1, 2: «Los cambios del territorio de los Países y la formación de nuevos Países dentro del Reich tendrá lugar *mediante ley de reforma de la Constitución.*» Artículo 45, 3, C. a.: «La declaración de guerra y el acuerdo de la paz tendrán lugar *por ley del Reich.*» Art. 51, 1: «En caso de impedimento del Presidente del Reich, será representado por el Canciller. Si esa circunstancia durase un tiempo que se pudiera prever largo, se regulará la representación *por una ley.*»

Art. 156, 1, C. a.: «El Reich puede, *mediante ley,* y a reserva de indemnización, con aplicación analógica de las prescripciones vigentes para la expropiación, transferir a propiedad común las empresas económicas privadas aptas para la socialización.»

Pero de tales extensiones y transferencias no se deduce nada más sino que ciertos actos fijados por ley constitucional o por costumbre jurídica deben ser llevados a cabo por los órganos competentes para legislar y dentro del procedimiento legislativo. Sería más que inconcebible querer deducir de aquí la ulterior consecuencia de que, por ello, pueden los órganos competentes para la Legislación resolver en forma de ley todo lo posible y arbitrario, y que todo lo que se toca con la varita mágica del procedimiento legislativo se convierte en una Ley, con lo que el «imperio de la Ley» ya no significaría otra cosa que el imperio de los órganos a quienes se confía la legislación. Tal consecuencia sería tan ilógica como si se quisiera utilizar de igual manera el concepto formal de Justicia para dar al juez un poder ilimitado a favor de su independencia, y sustraerle a todo control, sólo porque hay un concepto formal de Justicia, porque el juez es también competente para asuntos distintos a la decisión de litigios jurídicos, por ejemplo, también para actos de jurisdicción voluntaria, encontrándose, para ellos también, bajo la protección de la independencia judicial. Resulta claro que el juez, pese a esa extensión de su competencia, sólo puede tratar aquellos asuntos que, o son, por su naturaleza, actos propios de la Justicia, o le han

sido atribuidos expresamente. Nadie aceptará que pueda realizar cualquier acto de gobierno en forma de proceso y que, apelando a su independencia, haga lo que políticamente tenga por necesario. Pero parece que para el concepto formal de Ley no se repara apenas en esta sencilla realidad. G. Jellinek (*Gesetz und Verordnung*, pág. 232) dice: «Todas las formas por medio de las cuales una persona puede actuar sobre otra, se encuentran a disposición del Estado.» Aún más chocantes y característica, por la falta de toda consciencia del Estado de Derecho, son las frases de Laband (*Staatsrecht*, II, pág. 63): «Por una ley es posible, tanto decidir un litigio jurídico pendiente como declarar la validez o invalidez de un acto de gobierno, como reconocer o recusar una elección, como otorgar un indulto o amnistía... No hay, en una palabra, ningún objeto de toda la vida estatal —pudiera decirse, ningún pensamiento— que no pueda convertirse en el contenido de una ley.» Eso es una mala inteligencia, y cuando se concibe y piensa, como por desgracia sucede, irreflexivamente, que las autoridades legislativas están autorizadas a realizarlo todo en forma de ley, ello es inexacto y falso. La vía legislativa viene al caso, prescindiendo de los traspasos antes citados, que requieren un especial título legal-constitucional, sólo para las leyes en el sentido del Estado de Derecho.

III. *El concepto político de Ley.* Se explica que fuera posible la confusión de este llamado concepto formal de Ley, ante todo, porque hay un concepto político de Ley —claro está que junto al concepto de Ley propio del Estado de Derecho—. La expresión «concepto político de Ley», que aquí se usa, no está pensada como contraposición de un concepto jurídico de Ley. Jurídicamente, es decir, para la Ciencia jurídica, y sobre todo para una Teoría de la Constitución, ambos conceptos de Ley son objeto en igual medida de la consideración científica. Ambos corresponden a una Constitución moderna, porque no hay ninguna Constitución moderna sin esos dos distintos elementos —la parte política y la que es típica del Estado de Derecho— con que se corresponde el dualismo de los dos conceptos de Ley. «Político» significa aquí, en contraste con Estado de Derecho, un concepto de Ley resultante de la forma de existencia política del Estado y de la conformación concreta de la organización del dominio. Para la concepción del Estado de Derecho, la Ley es, en esencia, norma, y una norma con ciertas cualidades: regulación *jurídica* (recta, razonable) de carácter *general*. Ley, en el sentido del concepto político de Ley, es *voluntad* y *mandato* concretos, y un *acto* de soberanía. Ley en un Estado de principio monárquico es, por eso, la voluntad del Rey; Ley, en una Democracia, es la voluntad del pueblo: *lex et quod populus jussit*. El esfuerzo de un consecuente y cerrado Estado de Derecho va en el sentido de desplazar el concepto político de Ley para colocar una «soberanía de la Ley» en el lugar de una soberanía existente concreta, es decir, y en realidad, dejar sin respuesta la cuestión de la soberanía, y por determinar la voluntad política que hace de la norma adecuada un mandato positivo vigente. Ya se ha dicho (pág. 123) a qué embozos y ficciones conduce esto, y que todo caso serio de conflicto vuelve

a plantear el problema de la soberanía. De aquí es preciso deducir que junto al concepto de Ley propio del Estado de Derecho, junto a la figura técnico-jurídica auxiliar del llamado concepto formal de Ley, existe todavía un concepto político de Ley que ninguna especie de Estado de Derecho es capaz de suprimir.

1. Cuando la burguesía liberal quiso, en el siglo XIX, introducir su Estado de Derecho, no podía contentarse con establecer principios y normas contra el Absolutismo. Tenía que reclamar, frente a las instituciones estatales concretas del principio monárquico, entonces existentes, otras instituciones políticas, de distinta disposición, pero también concretas. Se luchaba no sólo por el Estado de Derecho *in abstracto,* sino, ante todo, por los derechos de la «Representación popular», es decir, por una extensión y ampliación de las facultades y competencias del Parlamento. Como última consecuencia y resultado político, eso conducía a la Democracia. Pueden vincularse a diversas instituciones las garantías orgánicas del Estado de Derecho; pero también ellas conducen conjuntamente a que se exija una cooperación lo más extensa posible de la Representación popular. Era la dirección natural de una lucha política contra un fuerte Gobierno monárquico. En semejante situación política, las dos exigencias diferentes —concepto de Ley propio del Estado de Derecho y cooperación, lo más extensa posible, de la Representación popular— habían de ir enlazadas. En tanto el Gobierno del Monarca fue lo bastante fuerte por sí mismo para poner en peligro el Estado de Derecho, apenas si hubo consciencia de la peculiaridad de cada una de ambas exigencias, produciéndose la confusión de dos conceptos distintos de Ley: el que es propio del Estado de Derecho y la considera como una *norma* caracterizada por ciertas cualidades, y el concepto democrático de Ley como *voluntad* del Pueblo, con lo que entonces se colocaba la voluntad de la Representación popular, del Parlamento, en lugar del Pueblo, como cosa evidente y, casi siempre, de modo tácito. La cooperación de la Representación popular ha de entenderse, naturalmente, sólo como una de las características del concepto de Ley derivadas del concepto democrático-político de Ley.

2. También tiene carácter político un concepto de Ley que pasa por «material», en razón de que no es «formal»: Ley es una norma jurídica, es decir, un precepto, en que el Estado se dirige a sus súbditos, «para fijar *entre ellos y él mismo* los límites de lo permitido y lo que puede hacerse». «Pues es una cualidad de toda ley en sentido material el poner límites a la *libertad* personal en general y a la *propiedad* en especial» (Anschütz, artículo *Gesetz* —Ley—, en el Diccionario de Derecho político y administrativo de Stengel-Fleischmann, II, pág. 215). Según Anschütz, se daba «entonces, 1848, como antes, como hoy, sólo un concepto material de Ley..., que quiere envolver y envuelve la fórmula: Libertad y Propiedad». El art. 62 de la Constitución prusiana de 31 de enero de 1850 («el Poder legislativo será ejercido en común por el Rey y las dos Cámaras») la da por supuesta al declarar que se necesita una ley aprobada con la cooperación de la Representación popular para invadir la libertad y propiedad, y que

para esto no basta una Ordenanza real. Para entender este concepto de Ley (Ley = límite de la libertad o de la propiedad) es necesario considerar la situación política de donde surgió. En la lucha política contra un fuerte Gobierno monárquico, la cooperación de la Representación popular tenía que ser acentuada cada vez con más fuerza, como criterio adecuado, hasta convertirse en lo decisivo. Al exigirse para la Ley, ante todo, políticamente, la cooperación de la Representación popular, se explica esta inversión de términos, sencilla desde el punto de vista político, pero lógicamente falsa: lo que aparece mediante la cooperación de la Representación popular es Ley. Imperio de la Ley significa entonces cooperación, o, en definitiva, imperio de la Representación popular. La burguesía trataba de preservarse de invasiones en la libertad personal y propiedad privada, y planteó, como cosa del Estado de Derecho, la exigencia de que tales invasiones sólo pudieran verificarse «a base de una Ley». Ley era, en este sentido, la cooperación de la Representación popular, de la representación de los afectados por la invasión de que se tratase. Al contrario, una *Ordenanza* emitida por el Rey solo —aun cuando, por lo demás, sea recta, razonable y certera, y corresponda a todas las cualidades de una verdadera norma jurídica— no será considerada como Ley. «Políticamente, el movimiento liberal perseguía una doble finalidad: pretendía ganar para la burguesía un adecuado influjo en la formación de la voluntad política del todo estatal, y después, también, guardar con eficacia la esfera de libertad individual del ciudadano, que todavía seguía siendo cuestionable como objeto del obrar político. Ambas cosas creía realizarlas al asegurarse el influjo correspondiente en la legislación» (G. Holstein, *Die Theorie der Verordnung im französischen und belgischen Verwaltungsrecht,* Homenaje a E. Zitelmann, en Bonn, 1923, página 362). El interés capital de la literatura jurídico-política se movía en derredor a esa distinción política entre Ley y Ordenanza. Se intentaba «regular por *ley* todas las colisiones del Poder público con persona y propiedad», si bien ya R. Gneist *(Rechtstaat,* pág. 159) había reconocido con acierto que el límite entre Ley y Ordenanza es casual en gran medida; que todavía no se encuentran reguladas por Ley en ningún Estado todas las injerencias en la libertad personal y la propiedad. La situación política requería una fórmula simple para delimitar Ley y Ordenanza, es decir, poder de la Representación popular y poder del Rey. Por este interés hacia una característica secundaria, pero políticamente utilizable, se perdieron los criterios fundamentales, cualitativos, del concepto de Ley peculiar del Estado de Derecho. El libro antes citado de G. Jellinek, *Gesetz un Verordnung* (1887), es un ejemplo de esta postergación del interés teorético.

En las luchas constitucionales del siglo XIX llega, pues, a establecerse que las invasiones en la libertad y en la propiedad privada sólo pueden tener lugar «a base de una ley». Aquí también resultaba, políticamente, sencilla, pero lógicamente falsa, la inversión de términos: Ley es una invasión en la libertad y en la propiedad privada. Todas las explicaciones de G. Anschütz, por ejemplo, sobre el concepto «material» de Ley se desenvuelven bajo este punto de vista. Se apoyan en la idea certera de que toda regulación

constitucional de las facultades del Legislador *presupone* un concepto material de Ley; pero acepta como supuesto, no el concepto de Ley que auténticamente corresponde al Estado de Derecho: norma dotada de ciertas cualidades, sino el concepto político que acaba de citarse. Y claro está que no puede ser la esencia de la Ley el invadir la libertad y propiedad privada, pues todos los demás actos posibles —permitidos y no permitidos— las invaden. Por eso, a lo que se llegaba entonces, en 1848, con este concepto de ley, era sólo a asegurar por ley constitucional la cooperación de la Representación popular para tales invasiones, impidiendo que el Gobierno monárquico las realizase por Decreto, es decir, sin dicha cooperación. La garantía verdadera del Estado de Derecho consiste en que, no pudiendo verificarse tales invasiones sino por medio de una ley, la ley se corresponde con ciertas *cualidades* objetivas. Con esta garantía se une la garantía democrático-política, dirigida contra el absolutismo del Príncipe, y consistente en la cooperación de la Representación popular. La garantía del Estado de Derecho va dirigida contra *todo* absolutismo, y pone límites objetivos a *todo* concepto político de ley, sea el monárquico, sea el democrático, impidiendo que se considere como ley cualquier invasión en la libertad y propiedad realizada por el legislador, es decir, por el órgano competente para emitir leyes; ley será, por el contrario, una norma con ciertas cualidades. Pero en la realidad de la lucha política se combatió siempre contra el absolutismo entonces existente. Y la lucha contra el absolutismo monárquico entonces existente (1848) significaba una lucha por la Democracia.

3. El ideal del Estado de Derecho trata de encerrar todas las posibilidades de actuación estatal, sin residuo, en un sistema de normaciones, limitando así el Estado. En la realidad práctica, sin embargo, da lugar a que se desenvuelva un sistema de actos apócrifos de soberanía (arriba, § 11, II, página 118). Si esta práctica es generalmente reconocida hoy en todos los casos de Estado burgués de Derecho, esto no se debe a una regulación legal-constitucional consciente, sino a que, frente al concepto de Ley propio del Estado de Derecho, se revela más fuerte un concepto político de Ley. En el sentido del Derecho constitucional democrático, por ejemplo, es lo consecuente que la Representación popular, en tanto pueda identificársela sin objeción con el Pueblo, lleve a cabo tales actos de soberanía. El respeto hacia el concepto de Ley propio del Estado de Derecho pretende manifestarse entonces haciendo que se guarden las formas prescritas para una ley de reforma constitucional (art. 76, C. a.). A la teoría de la Constitución le interesa, sin embargo, distinguir en esto; y la distinción es también significativa en la práctica, sobre todo, porque en una Democracia consecuentemente llevada a ejecución, las conexiones que le son propias se hacen conscientes poco a poco, y, en realidad, no es el Parlamento, sino el cuerpo electoral, quien actúa como sujeto de la voluntad política.

IV. *La significación del carácter general de la norma jurídica.*

La ejecución orgánica del Estado de Derecho depende de que el carácter general de la norma jurídica quede garantido. No en particularidades

de organización, sino en este supuesto central, estriba lo que con palabras de Rodolfo Gneist puede designarse como «punto de Arquímedes del Estado de Derecho».

1. El sistema de la llamada división de poderes, es decir, de la distinción de Legislación, Administración y Justicia, sólo tiene sentido en tanto que se entienda por Ley una norma general. Cuando ciertos órganos son competentes por la regulación constitucional para emitir leyes dentro de un cierto procedimiento, es claro que se da por supuesto un previo concepto de Ley. Sería un abuso político y una prestidigitación lógica invertir la relación y designar como Ley («Ley en sentido formal») sencillamente, todo lo que hagan dentro del procedimiento legislativo los órganos competentes para legislar. El concepto de Ley en sentido formal tiene, como hubo de mostrarse arriba (II), su justificación relativa y limitada. Pero en todo caso es ilícito olvidar los supuestos objetivos de la división de competencias entre Legislación, Administración y Justicia. Cuando se fija por Ley constitucional quién debe dar leyes, esto no significa, es claro, que este Legislador deba utilizar el procedimiento legislativo para fallar procesos y ejecutar actos administrativos y de gobierno. En un Estado de Derecho debe imperar «la Ley» y estar colocada la total actividad del Estado bajo la reserva de la Ley. Con eso quiere impedirse precisamente que las instancias competentes para legislar coloquen su propio imperio en el lugar del imperio de una norma, al no distinguirse mandatos arbitrarios, medidas y órdenes, de las «leyes». Un simple concepto formal de Ley: Ley es lo que disponen los órganos legisladores en vías del procedimiento legislativo, haría del imperio de la Ley un absolutismo de los órganos legislativos, suprimiendo toda distinción entre Legislación, Administración y Justicia. Si eso fuera el Derecho constitucional vigente hoy, toda la lucha del Estado de Derecho contra el absolutismo del Monarca habría terminado, introduciéndose, en lugar del absolutismo monárquico, el absolutismo de mil cabezas de los partidos políticos que en cada momento se encontrasen en mayoría.

2. La construcción protectora, peculiar del Estado de Derecho, se basa en la distinción entre regulaciones legales de carácter general y la aplicación de esas reglas por el juez o por una autoridad administrativa. La invasión en la Libertad y Propiedad tiene lugar, *no por medio de una ley,* sino *con arreglo a una ley*. La garantía de la propiedad privada, por ejemplo, como uno de los fundamentos del Estado burgués de Derecho, se ha desarrollado en la práctica de la vida estatal en forma de un derecho de expropiación, cuyo sentido decae, cuando decae la distinción entre ley general y aplicación especial de la ley. La regulación contenida en la ley de expropiación determina bajo qué supuestos y dentro de qué procedimientos se puede expropiar; esta norma general se aplica al caso concreto de expropiación, y la expropiación tiene lugar por un acto de las autoridades administrativas (separadas de la Legislación). La Ley es fundamento, supuesto general, pero no instrumento de la invasión. Por eso, la garantía de los derechos individuales de libertad contiene siempre el giro de que las intervenciones en la esfera de libertad garantida sólo son lícitas *con arreglo a*

las leyes. El art. 114, C. a., dice, por ejemplo: «La libertad de la persona es inviolable; sólo será lícito al Poder público menoscabar o privar de la libertad personal *con arreglo a leyes*»; o el artículo 115: «El domicilio de todo alemán es, para él, un reducto libre; es inviolable. Las excepciones sólo serán lícitas *con arreglo a leyes.*» De igual manera se dice en el art. 153, C. a.: «La expropiación sólo podrá tener lugar *con base legal.*» Con esto se excluye que la invasión concreta, por ejemplo, el acto mismo de expropiación, adopte la forma de ley y que, por ejemplo, pueda expropiarse *por medio* de una ley en sentido formal. Si excepcionalmente fuera lícita una tal «ley», estaría empleado con acierto el giro «por medio de ley»; por ejemplo, cuando en el art. 156, C. a., se dispone por ley constitucional, respecto a la socialización de empresas económicas, que el Reich puede transferir a propiedad común, *mediante ley,* empresas económicas privadas aptas para ello.

Comp. los ejemplos, arriba, II, 2, pág. 153. Por lo que se refiere al derecho de expropiación, observa M. Layer, *Prinzipien des Enteignungsrechtes,* Leipzig (Disertaciones de Derecho político e internacional editadas por G. Jellinek y G. Anschütz), 1902, pág. 177: «En la medida en que el interés público era la razón jurídica de la expropiación, ésta venía traída también, ciertamente, por el Absolutismo; pero ahora lo es una *norma legal,* lo que ya presenta una gran diferencia.» Un caso, interesante para la teoría y la práctica, de esta distinción típica del Estado de Derecho, entre Ley y aplicación de la Ley, se encuentra en el § 22, 4, de la Ley prusiana de Montes de 24 de junio de 1865 y 18 de junio de 1907, Brassert-Gottschalk, comentario a esta Ley de Montes, 2.ª ed., 1913, pág. 34, sobre las deliberaciones del § 22, 4. La Cámara de Diputados quería elegir el texto: «el traspaso tiene lugar por ley». Ese texto fue cambiado en la Cámara alta, a propuesta de Dernburg, de este modo: «La ordenación del traspaso tiene lugar por ley», porque «está en el fondo de todas las reflexiones, tanto de orden práctico como también constitucionales, el que cada traspaso se regule por ley, penetrando de esta manera en la competencia del poder ejecutivo» *(Informe estenográfico,* 1907, págs. 294, 341 y sigs.). El giro «con arreglo a la ley» (a distinción de «por ley») es esencial para estructurar en el Estado de Derecho el derecho de expropiación, resultando característica la forma de expresión del § 164 de la Constitución de Francfort de 28 de marzo de 1849: «Sólo puede verificarse una expropiación por consideraciones del bien común, y sólo con arreglo a una ley y con justa indemnización.» Es sintomático respecto a la disolución de la conciencia del Estado burgués de Derecho el que un giro tan claro no sea entendido ya, y no se distinga hasta ahora en ninguno de los Comentarios a la Constitución de Weimar una expropiación con arreglo a una ley, de una expropiación por ley. Incluso un jurista tan agudo y con tanto sentido del Estado de Derecho como Ricardo Grau ha combatido el intento de restablecer la vieja y evidente distinción (Carl Schmitt, *Unabhängigkeit der Richter, Gewährleistung des Privateigentums, Gleichheit vor dem Gesetz,* Berlín, 1926), aportando, para refutarlo, el que en las regulaciones de la Ley constitucional de Weimar se ha querido dar al Reich un derecho *material* de expropiación *(Der Vorrang der Bundeskompetenz,* Homenaje a Heinitz, 1926, pág. 403); se refiere a una manifestación contenida en los *Protocolos,* pág. 74. La manifestación allí impresa del diputado Delbrück enuncia tan sólo que para muchos casos, «por ejemplo, cuando un ferrocarril debe ir por varios Estados», puede ser necesario regular en vías de la legislación del Reich el derecho material de expropiación, con lo que, evidentemente, «el derecho material de expro-

piación» significa cosa distinta a la facultad de realizar el acto concreto de expropiación. Delbrück habla sólo de «regulación legal». Beyerle propone en ese lugar que se deje el derecho de expropiación a la legislación del Reich, sólo en tanto «que sea necesario para emitir preceptos del Reich con carácter igual»; en ese lugar habla (con el asentimiento de Delbrück) del Reich, sólo como *Legislador.* M. Spahn dice: «El derecho de expropiación tiene que ser, indispensablemente, regulado con unidad, sobre todo en la cuestión de la indemnización.» La mala interpretación de Grau es muy característica en su confusión típica de derecho material de expropiación y acto concreto de expropiación.

3. Para la Constitución de Weimar, la distinción de la Ley, frente a los actos de la Administración o de la Justicia, tiene un otro significado, porque en la organización del Reich alemán están garantizados los elementos federales. La Constitución de Weimar distribuye las competencias entre Reich y Países de tal manera que en su primera sección se designan las materias para las cuales el Reich es competente en cuanto a la Legislación; en cuanto a la Administración, por el contrario, dispone el postulado fundamental del art. 14, C. a.: «Las leyes del Reich serán ejecutadas por las autoridades de los Países, en tanto no determinen otra cosa las leyes del Reich.» En una organización federal en que la distribución de competencias entre el Reich y el Estado particular no está regulada, en términos generales, por materias, sino dentro de una misma materia, por Legislación, Administración y Justicia, conduciría a un trastorno completo del sistema constitucional el hecho de que el legislador del Reich, competente para una materia, pudiera aplicar abusivamente la forma de la Ley para medidas particulares, actos administrativos, decisiones, etc.

Según el art. 7.°, cif. 16, C. a., por ejemplo, el Reich tiene la competencia legislativa para la materia de minas. Con esto, recibe la facultad de emitir una Ley de Minas; puede, por ejemplo, derogar la Ley prusiana de Minas de 24 de junio de 1865, al emitir una Ley de Minas del Reich; pero no otra cosa. No puede, en el caso particular, empleando la forma de Ley del Reich, invadir «por Ley» el dominio eminente de los Estados en materia de minas y disponer, acaso, en un Estado (prescindiendo del caso expresamente permitido del art. 156), la concesión de una mina; no ha recibido ningún *dominio eminente en materia de minas.* Tampoco se lo reserva con la competencia legislativa en materia de ferrocarriles, según el art. 7.°, núm. 19. Tampoco aquí la competencia legislativa en materia de ferrocarriles fundamenta un dominio eminente sobre los ferrocarriles, que, en cambio, está fundamentado en el art. 90, C. a. Emitir *una disposición* particular en el terreno de la Administración no es, pues, un «ejercicio» del derecho a legislar en el sentido del art. 12, C. a., sino, según la situación de las cosas, una violación del art. 15, C. a. Contra el empleo indebido de la Legislación para finalidades de inspección, H. Triepel: *Die Reichsaufsicht,* 1917, pág. 129.

4. El Estado burgués de Derecho se basa en la libertad y en la igualdad de los ciudadanos. Ya se dijo antes, en 2, que el concepto de libertad burguesa presupone el concepto de Ley que aquí hemos designado como propio del Estado de Derecho. Pero también el concepto de *igualdad,* bien entendido, conduce a la misma concepción de la Ley. Casi todas las Cons-

tituciones dicen hoy que «todos los ciudadanos son iguales ante la Ley». La Constitución de Weimar pronuncia ese postulado en el artículo 109, 1: «Todos los alemanes son iguales ante la Ley.» Igualdad ante la Ley significa, no sólo aplicación igual de la ley emitida, sino protección contra quebrantamientos, dispensas y privilegios, cualquiera que sea la forma en que surjan. Del amplio campo de las cuestiones litigiosas a que ha conducido el postulado de la igualdad ante la Ley, interesa recoger aquí una: *la igualdad ante la Ley es inmanente al concepto de Ley propio del Estado de Derecho,* es decir, Ley es sólo la que contiene en sí misma la posibilidad de una igualdad, siendo, así, una norma general. Ante un mandato particular no hay igualdad ninguna, porque está determinado en su contenido por la situación individual del caso concreto, mientras que la Ley en el sentido del Estado de Derecho significa una regulación normativa, dominada por la idea de la Justicia, y cuya igualdad significa Justicia. El concepto bien entendido de igualdad está inseparablemente ligado al concepto bien entendido de Ley. Dondequiera que se adoptan mandatos especiales o simples medidas, se excluye con eso la consideración de ley y de igualdad. La disposición: El señor X. será expulsado del país, no es cosa en que pueda hablarse de «igualdad»; sólo afecta a una persona individual, a un hecho aislado, y se agota en ese mandato. Es absurdo decir, ante el mandato concreto de que el señor X. sea expulsado del país, que todos los alemanes podrían serlo igualmente. Ni el señor X., a quien afecta el mandato, ni cualesquiera otras personas no afectadas por él, pueden ser designadas en este caso como «iguales». La igualdad sólo cabe allí donde, al menos, puede quedar afectada una mayoría de casos, esto es, se produce una regulación general.

El art. 109, C. a., prohíbe, pues, leyes de excepción en sentido propio, es decir, leyes dirigidas, por razones individuales, contra una persona determinada o una pluralidad de personas determinadas. Esta prohibición obliga también al legislador. Sobre la controversia de este punto, cuad. 3 de las *Publicaciones de la Unión de Profesores Alemanes de Derecho Político,* con los informes de E. Kaufmann y H. Nawiasky, 1927; H. Triepel: *Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien,* Berlín, 1924, págs. 26 y sigs.; comp. Anschütz: *Komm.,* pág. 304; Leibholz: *Die Gleichheit vor dem Gesetz,* Berlín, 1925, y *AöR.,* nueva serie, 12, págs. 1 y sigs.; Aldag: *Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung,* 1925; Carl Schmitt: *Unabhängigkeit der Richter,* 1926, y la discusión del comentario de Anschütz: *JW.,* 1926, pág. 2271; E. v. Hippel: *AöR,* nueva serie, 11, págs. 124 y sigs.

5. Todas las demás configuraciones del Estado de Derecho, y todas las garantías específicas del mismo, presuponen el carácter general de la Ley. La *independencia del juez* respecto de mandatos oficiales, por ejemplo, tiene su esencial correlato en la *dependencia* del juez respecto de la *Ley.* Depender de la Ley significa otra cosa que depender de mandatos y órdenes especiales de un superior; significa una cosa contrapuesta. Si el legislador puede adoptar la forma de la Ley para dirigir mandatos al juez, éste deja de ser independiente; depende de los órganos competentes para legislar; y si éstos pueden usar su competencia legislativa para dirigir al juez órdenes especia-

les y «decretos», ellos son precisamente los superiores jerárquicos del juez. Sólo en tanto se mantenga el carácter general de la Ley son independientes los jueces. Otro ejemplo: el viejo postulado del Estado de Derecho: *nulla poena sine lege,* presupone una norma general, y se convertiría en lo contrario de la protección dicha si por un acuerdo mayoritario del cuerpo legislativo el señor X. pudiera ser condenado a muerte o enviado a presidio. La *tipicidad* de una conducta es hoy, en general, supuesto de la pena; el concepto del «hecho típico» puede convertirse en concepto fundamental de un sistema jurídico-penal, como ocurrió en Beling con la *Teoría del delito* (1906). Tipicidad e ideas análogas significan, ante todo, la posibilidad de subsumir bajo una norma general. Un modo análogo de aplicación característica del Estado de Derecho ha encontrado el concepto del «hecho típico» en el sistema de Derecho tributario de Alberto Hensel *(Steuerrecht,* en la *Enzyklöpädie der Recht- und Staatswissenschaften,* 2.ª ed., 1927, páginas 34, 42 y sigs.); aquí sirve para presentar la situación de sometimiento al poder en que se encuentra el contribuyente —*Steuerpflichtiger* (el deudor del tributo, *Stuerschuldner,* como dice Hensel)—, como una consecuencia de hallarse afectado por la norma (general); el «poder de imposición de contribuciones» del Estado se explica porque el Estado «está facultado, aquí como en los otros sectores de la legislación, a establecer normas que, además (¡pero siempre que haya surgido mediante la realización de un «hecho típico» una pretensión concreta!), ejecuta la voluntad de la Ley con aplicación de su propio poder coactivo, por sus propios órganos». Todas estas construcciones desaparecen si falla el supuesto de una norma general, y muestran que la vinculación de las autoridades estatales a la Ley, que toda ejecución orgánica de la defensa de la libertad burguesa y toda exigencia propia del Estado burgués de Derecho, se apoyan en este concepto de la Ley como una norma general. Todas las otras características de la Ley, como disposición racional-substancial, justa y razonable, se han hecho hoy relativas y problemáticas; la fe jusnaturalista en la Ley de la Razón y la Razón en la Ley ha declinado en gran medida. Lo que preserva al Estado de Derecho de su completa disolución en el absolutismo de las cambiantes mayorías parlamentarias es el resto de respeto que todavía se da en la realidad hacia ese carácter general de la Ley. No es que eso sea una completa y exhaustiva definición de la Ley en sentido material. Pero es el mínimum general, lógico, indispensable. «La Ley no puede ser mala, injusta; pero a consecuencia de su condición general y abstracta se reduce al mínimum ese peligro. El carácter protector de la Ley, su misma razón de ser, estriba en su carácter general» (Duguit, *Manuel de Droit constitutionnel,* t. II, 1923, págs. 145 y sigs.).

§ 14
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I. *Ojeada histórica.*

1. *Las Declaraciones americanas de Derechos.* Se citan por unos y otros como primera Declaración de Derechos fundamentales, la Magna Carta de 1215 (arriba, § 6, II, 1, pág. 66), el Acta de Habeas Corpus de 1679 (protección contra prisiones arbitrarias y derecho a ser oído por el juez) y el Bill of Rights de 1688 (arriba, § 6, II, 1, pág. 66). En realidad, son regulaciones contractuales o legales de los derechos de los barones o burgueses ingleses, que si bien han tomado, en un proceso insensible, el carácter de los modernos principios, no tuvieron originariamente el sentido de derechos fundamentales: La historia de los derechos fundamentales comienza propiamente con las declaraciones formuladas por los Estados americanos en el siglo XVIII, al fundar su independencia respecto de Inglaterra. Aquí, en verdad, se indica el comienzo —según una frase de Ranke— de la Era democrática —más exacto: liberal— y del moderno Estado de Derecho liberal-burgués, si bien aquellas declaraciones americanas estaban, como «Bills of Rights», en la línea de la tradición inglesa. La primera declaración (modelo, según G. Jellinek, *La declaración de derechos del hombre y del ciudadano,* ed. alemana, pág. 18) fue emitida por el Estado de Virginia en 12 de junio de 1776, siguiéndole Pensylvania (11 de noviembre de 1776) y otros; pero no todos los trece Estados de la Unión emitieron tales declaraciones. La Constitución federal de 1787 no contenía ninguna de esas declaraciones de derechos fundamentales, habiéndolos incorporado en algunos apéndices (Amendments, 1789-1791). Los más importantes derechos fundamentales de esas declaraciones son: libertad, propiedad privada, segu-

ridad, derecho de resistencia y libertades de conciencia y de religión. Como finalidad del Estado aparece el aseguramiento de tales derechos.

Según la concepción dominante, basada en el trabajo de G. Jellinek: *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechten,* 4.ª ed., 1919, se desarrolló la idea de estos diversos derechos fundamentales a partir de la libertad de religión. No podemos introducir aquí la controversia sobre la exactitud histórica de la exposición de Jellinek (comp. literatura: W. Jellinek, en las observaciones previas de la cuarta edición del trabajo, preparada por él; Hashagen, en el *Zeitschr. f. d. ges. Staatsw.,* 1924, pág. 461; Carlos Becker: *Declaration of Independences,* Nueva York, 1922; G. v. Schulze-Gaevernitz: *Die Geistesgeschichtlichen Grundlagen der anglo-amerikanischen Welt-Suprematie, Arch. f. Soz. Wiss.,* 58 (1927), pág. 76, nota 19.

Para la consideración sistemática del moderno Estado de Derecho es de interés observar que el pensamiento de los derechos fundamentales contiene el *principio* básico *de distribución* en que se apoya el Estado de Derecho liberal-burgués llevado a la práctica de un modo consecuente. Significa que la esfera de libertad del individuo es *ilimitada* en principio, mientras que las facultades del Estado son *limitadas* en principio. El Estado antiguo no conocía derechos de libertad, porque parecía inconcebible una esfera privada con un derecho independiente frente a la comunidad política, y se consideraba absurdo, inmoral e indigno de un hombre libre el pensamiento de una libertad del individuo independiente de la libertad política de su pueblo y Estado. El Cristianismo apareció en un mundo dominado por el Imperio romano, en el seno de un Universo político, es decir, en el seno de un Cosmos pacificado y, con ello, despolitizado. Esta situación del Universo político cesó cuando el Imperio romano se desmoronó con las migraciones de pueblos. Pero la Teoría de toda la Edad Media se mantiene en la idea de ese Universo; el Papa y el Emperador eran los portadores de ese Universo. En el siglo XVI se hizo ya imposible la Teoría de un Universo político, incluso su ficción, porque estaba reconocida la soberanía de los numerosos Estados que se habían formado, y el mundo había dado, en modo manifiesto, el paso hacia la situación de Pluriverso político. El Cristianismo y los representantes de la Iglesia cristiana se hallaban con eso en una situación nueva por completo. Se formaba, a partir del Estado, una nueva organización de la vida religiosa en la forma de iglesias nacionales, dominada por el pensamiento —con frecuencia muy poco claro desde un punto de vista teorético, pero muy claro en la práctica política— de que la adscripción *política* determina la agrupación decisiva de los hombres y que la religión no puede ser, por tanto, un asunto privado. Los rebautizados y puritanos dieron una respuesta completamente nueva. La consecuencia de su actitud frente al Estado y frente a toda vinculación social, es una *privatización* de toda religión. Pero esto no significaba que la religión perdiera su valor, sino al contrario, una relativización e incluso desvaloración del Estado y de la vida pública. La religión, como cosa suprema y absoluta, se convierte en asunto propio del individuo, y todo lo demás, toda especie de formaciones sociales, tanto Iglesia como Estado, se convierte en algo relativo que sólo puede derivar su valor como medio auxiliar de aquel único valor absoluto. Es, sin duda, cierto en un sentido sistemático, y prescindiendo de los detalles históricos, que la libertad de religión es el primero de todos los derechos fundamentales. Pues con él se establece el principio fundamental de distribución, el individuo como tal es portador de su valor absoluto, y permanece con este valor en su esfera privada; su libertad privada es, pues, algo limitado en principio: el Estado no es más que un medio, y por eso, relativo, derivado, limitado en cada una de sus facultades y controlable por los particulares.

2. *La Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789* proclama como derechos fundamentales más importantes: libertad, propiedad, seguridad y derecho de resistencia, pero no libertad de religión ni libertad de asociación. A pesar de todas las conexiones históricas, se da aquí algo esencialmente distinto del contenido de aquellas declaraciones americanas. En la Declaración francesa se da por supuesto el concepto de ciudadano, y se continúa un Estado nacional ya existente; no se erige, como en las colonias americanas, un nuevo Estado sobre unas nuevas bases. La Declaración francesa tiene por finalidad, como se dice en la introducción, recordar en forma solemne a todos los miembros de la comunidad sus derechos y obligaciones; el Poder público será más respetado correspondiendo a esos derechos. El nuevo principio de distribución, de la libertad privada, no aparece aquí, pues, en su lógica incondicional, sino sólo como un momento de modificación en el marco de una unidad política ya existente.

Las ulteriores Constituciones francesas (1793, 1795) vuelven a traer en forma diversa Declaraciones de derechos fundamentales. La Constitución de 1795 (Constitución directorial) contiene, sin embargo, el epígrafe de las declaraciones, no sólo de derechos, sino también de deberes del hombre y del ciudadano. La Constitución de 4 de noviembre de 1848 se remite a los principios de 1789. Las leyes constitucionales de 1875, hoy vigentes, no contienen declaraciones especiales. Los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 valen también hoy, sin proclamación especial, como el fundamento evidente de la ordenación estatal (comp. arriba, § 12, I, 4, página 140).

3. En *Alemania,* la Asamblea nacional de Francfort proclamó en 27 de diciembre de 1848 (sec. VI, §§ 130 y sigs. de la Constitución de 28 de marzo de 1849) una serie de «derechos» bajo el epígrafe: «Los derechos fundamentales del pueblo alemán»: libertad de residencia y de traslación, igualdad ante la Ley, libertad de la persona, de creencias y de conciencia, libertad de reunión y de asociación, propiedad privada, derecho al juez legal. La Asamblea federal de Francfort de 1851 declaró nula la obra constitucional de la Asamblea nacional de Francfort. La Constitución prusiana de 30 de enero de 1850 —muy influida en esto por la Constitución belga de 7 de febrero de 1831— contenía el catálogo de derechos, tal como se había ido formando en el curso del siglo XIX: igualdad ante la Ley, libertad personal, inviolabilidad del domicilio, derecho al juez legal y prohibición de Tribunales de excepción, inviolabilidad de la propiedad privada, libertad de traslación, libertad de religión (sin embargo de lo cual, la religión cristiana se daba como base a las instituciones estatales, puestas en conexión con el ejercicio de la religión), derecho a la libre manifestación de las opiniones y libertad de Prensa, libertad de reunión, libertad de asociación.

La Constitución de Bismarck de 16 de abril de 1871 no contiene catálogo ninguno de «derechos fundamentales».

La Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919 titula su segunda parte «Derechos y deberes fundamentales de los alemanes». Bajo este epí-

grafe se encuentran, en parte, los derechos que se solían enumerar: igualdad ante la Ley, artículo 109; libertad personal, artículo 111; inviolabilidad del domicilio, artículo 115; secreto de la correspondencia, artículo 117; derecho a la libre manifestación de las opiniones, artículo 118; libertad de reunión, artículo 123; libertad de asociación, artículo 124; propiedad privada, artículo 153, y, en parte, prescripciones diversas, postulados programáticos, etc. El derecho al juez legal y la prohibición de Tribunales de excepción se encuentran en la primera parte, artículo 105.

4. El Congreso panruso de los *soviets* proclamó en enero de 1918 una Declaración de los *derechos del pueblo trabajador y explotado,* que pasó, como sección I, a la Constitución de la República soviética rusa de 5 de julio de 1918. Los derechos fundamentales de un Estado de Derecho liberal-burgués son, según la concepción bolchevista, sólo medios del dominio capitalista de la propiedad privada; en la proclamación de 1918 quieren establecerse los principios de un nuevo Estado. Queda abolida la propiedad privada sobre el suelo, riqueza minera y aguas, fábricas y bancos; queda solemnemente proclamada la lucha contra el imperialismo de las potencias capitalistas, la solidaridad de todos los trabajadores y explotados de la tierra, la libertad de los pueblos explotados de Asia y de las Colonias. Para garantizar a los trabajadores una verdadera libertad de conciencia, quedará separada la Iglesia del Estado y la Escuela de la Iglesia; se reconocerá a todos los ciudadanos la libertad de propaganda religiosa y antirreligiosa. La libertad de Prensa, la libertad de asociación y reunión, vale sólo para la clase trabajadora y los campesinos. Viene aquí una serie de diversas prescripciones políticas. La Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de 6 de junio de 1923 contiene en su primera parte sólo una «Declaración sobre la fundación de Repúblicas socialistas soviéticas», en que se proclama la contraposición al mundo capitalista, pero no la enumeración de la Declaración de 1918; sin embargo, está repetida en las Constituciones de los diversos Estados-miembros, y singularmente en la Constitución de la República socialista soviética rusa de 1925 (comp., Alexejew, *Die Entwicklung des russischen Staates in den Jahren 1923-1925, JöR.,* XIV, 1926, págs. 324, 402).

II. *Significación histórica y jurídica de la Declaración solemne de derechos fundamentales.* La Declaración solemne de derechos fundamentales significa el establecimiento de principios sobre los cuales se apoya la unidad política de un pueblo y cuya vigencia se reconoce como el supuesto más importante del surgimiento y formación incesante de esa unidad; el supuesto que —según la expresión de Rodolfo Smend— da lugar a la *integración* de la unidad estatal. Cuando, a virtud de un gran suceso político, se funda un nuevo Estado, o se establece un principio completamente nuevo de la integración estatal por medio de una revolución, entonces una declaración solemne es la expresión natural de la conciencia de que, en un momento decisivo, se da una cierta dirección al propio destino político. Es el caso de las Declaraciones de los Estados americanos de 1776, de la Declaración

francesa de 1789 y la rusa de 1918. Aquí se trata de la «proclamación de un nuevo *ethos* político», que «anuncia en forma solemne» la «finalidad total constituyente» del Derecho constitucional (Smend, *Informe AöR.*, nueva serie, 13, 1927, pág. 105). En Alemania se malogró el intento que la revolución de 1848 hizo en este sentido. La Constitución bismarckiana de 1871 recibe su *ethos* político —como ha dicho con acierto Smend— de los Estados monárquicos que formaban la Federación. Estos tenían, en general, un catálogo de «derechos fundamentales» en sus Constituciones; así que también desaparecía la finalidad práctica de una nueva proclamación. Cosa muy distinta ocurre con la Constitución de Weimar de 1919. En sus palabras iniciales se dice que el pueblo alemán está animado de la voluntad de «renovar y afirmar su Reich en la Libertad y la Justicia, servir a la paz interior y exterior y propulsar el progreso social» mediante esa Constitución. Junto al catálogo de los llamados derechos fundamentales, tal como hubo de formarse en el curso del siglo XIX, se encuentran todavía, en la segunda parte, otras declaraciones fundamentales, y cabe preguntarse hasta qué punto se da aquí la proclamación de un «nuevo *ethos* político», en medida análoga o igual a la de los otros grandes precedentes históricos. Fr. Naumann quería, de un modo consciente, hacer una proclamación así (*Prot.*, págs. 176 y sig.). Se encontraba bajo la impresión de la antecitada Declaración rusa de los «derechos del pueblo trabajador y explotado», y decía: «La más nueva Constitución del presente, la Constitución bolchevista rusa de 5 de julio de 1918, es, por decirlo así, la competidora directa de la Constitución que aquí estamos elaborando.» Deseaba, por eso, para el nuevo Estado alemán— que no había de ser individualista-burgués, ni socialista-bolchevista, sino un Estado social— una confesión de sus fundamentos y principios ideales. Si no se producía, eso sería una «deficiencia en el cuerpo del Estado que aquí queremos restablecer». Pero la Asamblea nacional de Weimar no compartió el *pathos* político de ese pensamiento. Se limitó a colocar, unos junto a otros, diversos principios, un programa de compromiso entre fracciones, que no puede ser equiparado, dado su «carácter mixto» (*Prot.*, pág. 186) a los grandes precedentes. Tales proclamaciones no pueden «surgir» con arreglo a cualesquiera deseos e ideales, por bien intencionados que sean, sino que presuponen que un pueblo toma sobre sí, mediante su declaración, el peligro de una política nueva por entero, es decir, la agrupación en amigos y enemigos, y está resuelto a defender los nuevos principios de su Estado en lucha también, incluso, contra un poderoso enemigo exterior. Pero a las declaraciones de la Asamblea nacional de Weimar había precedido la firma del Tratado de Versalles.

La significación política histórica de los «Derechos y deberes fundamentales de los alemanes» de 1919 es, pues, distinta de la de aquellas proclamaciones de 1789 a 1918. Pero, no obstante, los principios establecidos en la segunda parte de la Constitución de Weimar tienen una significación fundamental para el Derecho constitucional y político del Reich alemán. Envuelven una decisión política de conjunto del pueblo alemán sobre el modo de su existencia, y dan al Reich alemán en su forma actual el carácter

de una Democracia constitucional, es decir, de un Estado constitucional basado en el principio democrático, pero modificado por los principios del Estado burgués de Derecho. Legislación, Justicia y Administración reciben de aquí sus líneas directrices adecuadas. Ninguna ley alemana puede ser interpretada o aplicada en contradicción con ellas; ninguna ley alemana puede aniquilar un auténtico derecho fundamental. Estos principios fundamentales no pueden ser suprimidos, ni por una ley ordinaria, ni por una ley de reforma de la Constitución según el art. 76, sino sólo por un nuevo acto del Poder constituyente del pueblo alemán.

III. *División y distinción objetiva de los derechos fundamentales.*

1. Los derechos fundamentales han de distinguirse de otros derechos garantizados y protegidos en la Ley constitucional. No todo derecho fundamental se encuentra garantido en las Constituciones del Estado de Derecho por una regulación constitucional, y, a la inversa, no toda protección contra la reforma por ley ordinaria significa ya un derecho fundamental. Que el funcionario, según el art. 129, 3, 3, tiene derecho a conocer sus expedientes personales; que, según el art. 149, 3, han de subsistir las Facultades de Teología en las Universidades, son cosas garantidas en la Ley constitucional, pero no derechos fundamentales. De un modo poco claro se designarán como derechos fundamentales, «haciéndolos radicar en la Constitución», todas las pretensiones y derechos que se consideren importantes. Para tener un concepto utilizable por la Ciencia es preciso dejar afirmado que en el Estado burgués de Derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como *anteriores* y *superiores* al Estado, aquellos que el Estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado. Estos derechos fundamentales no son, pues, según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de la *Libertad,* de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa. Esto se ve con toda claridad en los derechos de libertad, que históricamente significan el comienzo de los derechos fundamentales: la libertad de religión, la libertad personal, propiedad, derecho a la libre manifestación de opiniones, existen, según esta concepción, *antes* que el Estado; no reciben su contenido de ningunas leyes, no con arreglo a las leyes o dentro de los límites de las leyes; describen el ámbito, incontrolable en principio, de la libertad individual; el Estado sirve para su protección, y encuentra en ella la justificación de su existencia. El *derecho de resistencia* del individuo es el medio más extremado de defensa, y un derecho inalienable, pero también inorganizable. Pertenece de modo esencial a los derechos fundamentales.

La gran exposición histórica de la doctrina del derecho de resistencia que ha hecho K. Wolzendorff en su libro: *Staatsrecht und Naturrecht,* Breslau, 1916, desconoce la condición supraestatal inorganizable del derecho individualista de resistencia. Wolzen-

dorff ha apreciado especialmente las teorías y proyectos de Condorcet, mediante los cuales se «encauza» el derecho de resistencia del individuo en una organización jurídica. Pero esta organización y «encauzamiento» significa tan sólo que el derecho individualista de resistencia se transforma en un simple medio jurídico, y el Derecho del Hombre y de Libertad, en un derecho de queja concedido, controlado y racionalizado por el Estado. Se renuncia con ello al principio fundamental de distribución, ilimitación principal de la libertad humana, y limitación principal del Estado; el individuo deja de tener derechos fundamentales y de libertad, y sólo le quedan ciertas posibilidades procesales de demanda «a medida de las leyes».

2. Los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del *hombre individual* libre, y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado. A todo derecho fundamental auténtico puede aplicarse lo que dice Richard Thomas (*Festgabe für das preussische Oberverwaltungsgericht,* 1925, pág. 187): «Los afianzamientos de derechos fundamentales son estadios en el eterno proceso de flujo y reflujo, *the man versus the State.*» Pero esto supone que el hombre, por virtud de su propio derecho «natural», entra en juego frente al Estado, y, mientras haya de hablarse de derechos fundamentales, no puede desecharse por completo la idea de unos derechos del individuo, anteriores y superiores al Estado. Derechos dados al arbitrio de un príncipe absoluto o de una mayoría parlamentaria simple o cualificada no pueden honestamente designarse como derechos fundamentales. Derechos fundamentales en sentido propio son tan sólo los derechos liberales de la persona humana individual. La significación jurídica de su reconocimiento y «declaración» estriba en que tal reconocimiento significa el reconocimiento del principio fundamental de distribución: una esfera de libertad del individuo, ilimitada en principio, y una posibilidad de injerencia del Estado, limitada en principio, mensurable y controlable. Resultado de tratarse de derechos pre-estatales del Hombre es el que esos dercchos fundamentales auténticos valgan para todo hombre, sin atención a su nacionalidad. Son derechos individuales, es decir, del hombre individual aislado. Derechos individuales en sentido propio son, pues, sólo los derechos de libertad individual, pero no las exigencias sociales. Tales son: libertad de conciencia, libertad personal (sobre todo, protección contra detenciones arbitrarias), inviolabilidad del domicilio, secreto de la correspondencia y propiedad privada. En estos derechos de libertad se considera al individuo aislado. La Constitución de Weimar los enumera en la primera sección de la segunda parte, bajo el epígrafe: «La persona individual», epígrafe bajo el cual, por lo demás, se encuentran también enumerados otros derechos como verdaderos derechos fundamentales, mientras que el derecho-base individualista «libertad de religión y de conciencia» se encuentra colocado en la sección tercera, bajo el epígrafe: «Religión y sociedades religiosas» (arts. 135, 136).

Pero también los derechos del individuo en relación con otros individuos tienen que ser considerados como auténticos derechos fundamentales, en tanto que el individuo no salga de la situación apolítica de lo social puro y se reconozca tan sólo la libre competencia y la libre discusión de

los individuos. Tales derechos pueden, por lo demás, perder fácilmente su carácter apolítico, y, con ello, cesan de ser derechos individualistas de libertad. Entonces no pueden tampoco corresponder ya al principio de distribución, y pierden, con el carácter humano-individualista, lo absoluto de su protección. En tal caso, la necesidad de una regulación y normación resulta del hecho de que esos derechos no quedan en la esfera del particular, sino que contienen manifestaciones sociales. Tales son: libre manifestación del pensamiento, con libertades de discurso y Prensa; libertad de cultos, libertad de reunión, libertad de asociación y de sindicación. Tan pronto como la libertad de asociación lleva hacia coaliciones, es decir, a asociaciones que se combaten entre sí y se enfrentan con medios de fuerzas sociales específicos, como huelga o *lock-out,* se ha alcanzado el punto de lo político, y ya deja de haber un derecho fundamental y de libertad. Los derechos de coalición, de huelga o de *lock-out* no son derechos de libertad en el sentido del Estado liberal de Derecho. Cuando un grupo social logra que se le dejen, sea por prescripciones expresas de la ley constitucional, sea por tolerancia tácita de la práctica, tales posibilidades de lucha, ha desaparecido el supuesto fundamental del Estado liberal de Derecho, y entonces «Libertad» ya no significa la posibilidad de actuación, ilimitada en principio, del individuo, sino el libre aprovechamiento de la fuerza social mediante organizaciones sociales.

3. Todos los derechos fundamentales auténticos son derechos fundamentales *absolutos,* esto es, no se garantizan «con arreglo a las leyes»; su contenido no resulta de la Ley, sino que la injerencia legal aparece como excepción, y, por cierto, como excepción limitada en principio y mensurable, regulada en términos generales. Es propio del principio fundamental de distribución del Estado de Derecho que se dé por supuesta la libertad del individuo y la delimitación estatal aparezca como excepción. A esto responden con frecuencia (no siempre) las expresiones de la Constitución de Weimar, cuya significación ha mostrado Kurt Häntzschel *(Zeitschrift für öffentliches Recht,* V, 1926, págs. 18/19) con aquella distinción, al mismo tiempo, de derechos fundamentales absolutos y relativos. El art. 114, C. a., por ejemplo, dice: «La libertad de la persona es inviolable. El Poder público no puede injerirse o privar de la libertad personal sino con arreglo a una ley.» O el artículo 115: «El domicilio de todo alemán es, para él, un lugar franco, e inviolable. Sólo con arreglo a las leyes son admisibles las excepciones.» Igualmente, el artículo 117: «El secreto de la correspondencia, tanto postal como telegráfica y telefónica, es inviolable. Sólo por ley del Reich pueden darse excepciones.» Otros derechos reconocidos por la Constitución de Weimar, en cambio, son, como dice Häntzschel, «de antemano, sólo relativos, es decir, garantizados, dentro de los límites o con arreglo a la Ley»; así, las libertades de industria y de contratación, artículo 151, 3: «La libertad de comercio e industria se garantiza con arreglo a las leyes del Reich», y el artículo 152: «En el intercambio económico rige la libertad de contratación con arreglo a las leyes.» Incluso la propiedad privada deja de ser, en la formulación del artículo 153, un derecho absoluto; en él se ad-

vierte una contradicción entre la primera y la segunda frase del artículo: «La propiedad es garantizada por la *Constitución* (!). Su contenido y sus límites resultan de las leyes» (comp. pág. 176).

La terminología de la regulación constitucional, no siempre es clara e inequívoca. Eso se manifiesta de modo muy sorprendente en el más importante de los derechos sociales de libertad, en el que es origen y base de todos ellos, el supuesto de la idea liberal de la libre discusión: el derecho de libre manifestación del pensamiento, con sus consecuencias de libertad de discurso y de Prensa. El art. 118, C. a., dice con un giro equívoco: «Todo alemán tiene derecho, dentro de los límites de las leyes generales, a manifestar con libertad su opinión, oralmente, por escrito, mediante la imprenta, el grabado o de cualquier otra manera.» Las palabras «dentro de los límites» parecen designar un derecho limitado desde el comienzo, así que, según esto, no cabría tratar el derecho de libre manifestación del pensamiento como derecho fundamental absoluto. Ese resultado, inverosímil en la práctica, tampoco puede justificarse por el texto, oscuro en todo caso. La historia de esa frase (comp. *OVG.*, Tribunal Supremo administrativo, t. 77, pág. 514) no ofrece especial posibilidad de aclaración. De ella podría deducirse que en el giro «dentro de los límites de las leyes generales», la palabra «generales» puede ser omitida simplemente, porque se encuentra incluida en el texto sólo por un descuido de redacción (igual Kitzinger: *Reichsgesetz über die Presse*, página 203). Entonces querría decir aquel giro que el derecho de libre manifestación de las opiniones encuentra sus límites en prescripciones legales que protegen otros bienes jurídicos. Pero esto no significa la desaparición del pensamiento del principio fundamental de distribución —libertad, ilimitada en principio, del individuo, y posibilidad, limitada en principio, de circunscribirla por medio del Estado.

Según Häntzschel (*AöR.*, X, pág. 228, *Reichspressgesetz*, 1927) y Rothenbücher (*Deutscher Staatsrechtslehrertag*, 1927, *AöR.*, XIII, pág. 101), la palabra «general» no puede ser eliminada del giro «dentro de los límites de las leyes generales». Se relaciona únicamente con las leyes penales (como el art. 124, C. a.), de modo que con arreglo al artículo 118 la protección es menor. Pero deben quedar excluidas todas las leyes y medidas administrativas que se dirijan contra la manifestación del pensamiento *como tal*. «Leyes generales», en el sentido del art. 118, serían, según eso, todas las leyes que, sin atención directa a una cierta opinión, protegen un bien jurídico que merece protección en sí mismo. Rothenbücher establece a este propósito, con acierto, que «opinión» significa una toma de posiciones publicada, de carácter fundamental. También Smend (ob. cit., pág. 107) distingue según el bien jurídico protegido, pero introduce en la cuestión un contrapeso de intereses que puede fácilmente relativizar el valor absoluto del bien de la libre manifestación de las opiniones: «Leyes generales, en el sentido del art. 118, son leyes que tienen preeminencia ante el art. 118, porque el bien social que ellas protegen es más importante que la libertad de opiniones.» Esto ya no corresponde a la idea del principio fundamental de distribución. Un derecho de libertad no es un derecho o bien capaz de entrar a contrapesarse con otros bienes en una pugna de intereses. Para el principio de los derechos fundamentales no hay nada más importante que esa libertad, y la cuestión está solamente en encontrar la medida para delimitar las injerencias estatales, sean leyes o actos administrativos, haciéndolas mensurables y, de este modo, controlables.

La opinión aún hoy dominante parece ir en el sentido de que las delimitaciones del derecho de libre manifestación del pensamiento sobre una base legal siguen valiendo como hasta ahora, y que por leyes generales es preciso entender, no sólo las leyes penales, sino también las autorizaciones de policía, como § 10, II, 17, *ALR.*, *Derecho*

general prusiano (Antschütz, *Komm.*, pág. 323; R. Thoma, ob. cit., pág. 213). Para prescripciones particulares (p. ej., § 9 de la ley prusiana de 12 de mayo de 1851, o § 5 de la ley de Prensa del Reich), sin embargo, habrá que establecer nuevas excepciones; deben ser suprimidas por el art. 118. La concepción atinada podría ir en el sentido de que las palabras «dentro de los límites de las leyes generales» significan sólo las reservas legales generales. En la palabra «general» se hace valer un sentido adverbial, enunciando: «como, en general, con los derechos fundamentales», con lo que podría desconocerse aquí el carácter general de las leyes, que corresponde precisamente a una verdadera reserva de la ley, y al mismo tiempo, el reconocimiento de que una ley dirigida contra el derecho de libre manifestación del pensamiento como tal es inadmisible. En esto estriba la gran significación de las tesis de Rothenbücher.

La formulación del artículo 118, reconocidamente oscura y desgraciada, no presenta este derecho fundamental como derecho fundamental auténtico. En la Constitución de Weimar hubo de ser garantido dentro del catálogo de los demás derechos fundamentales, con dos limitaciones especiales: la de hacer posible una lucha contra la pornografía y la defensa de la juventud en los espectáculos públicos (ley para la protección de la juventud contra la literatura pornográfica, de 18 de diciembre de 1926, *Gac.*, I, 505), además de la licitud constitucional de una censura cinematográfica (ley de cinematógrafo de 12 de mayo de 1920, *Gac.*, pág. 953). Esta última limitación es de especial interés para el proceso de los derechos fundamentales liberales, porque muestra que con la creciente intensidad de la vinculación social del individuo, y con el cambio de la técnica de la comunicación, desaparece el viejo principio liberal de distribución, convirtiéndose en simple ficción la idea de la libertad ilimitada del individuo. Al exceptuar una cierta técnica de comunicación del pensamiento, la técnica cinematográfica, de entre los medios de la libre manifestación del pensamiento, cesa palmariamente el derecho liberal de la libre manifestación del pensamiento. Puede decirse quizá, sin embargo, que la técnica cinematográfica no es una técnica de la manifestación del pensamiento en el mismo sentido que la escritura y la prensa. Pensamiento significa aquí, según Rothenbücher afirma con acierto, una toma de posición de carácter fundamental, publicada. En realidad, la libertad de manifestación del pensamiento se refiere al principio de la libre discusión, que para la idea liberal es el medio adecuado a la integración de una unidad social. Pero discusión supone, 1) pensamientos humanos, y 2) pensamientos manifestados por el lenguaje humano. Escritura y prensa son medios de difusión de pensamientos; el cine, por el contrario, en tanto que no es simple escrito proyectado en la pantalla, es sólo cuadros y exposición mímica, y, por lo tanto, no lenguaje ni pensamiento transmitido por la palabra humana hablada o escrita. No comporta una discusión auténtica. En esto podría estribar una justificación ideal de que toda la técnica cinematográfica se encontrase excluida del derecho a la libre manifestación del pensamiento. Pero, por lo demás, esa significación del cinematógrafo muestra hasta qué punto ha pasado a segundo término la necesidad de una discusión liberal. El problema político del influjo de masas por el cinematógrafo es tan significativo que ningún Estado puede dejar sin control este poderoso instrumento psicotécnico; tiene que sustraerlo a la política, neutralizarlo, lo que en realidad implica —puesto que la política es inevitable— ponerlo al servicio del orden existente, aun cuando no tenga el ánimo de utilizarlo abiertamente como medio para la integración de una homogeneidad psicológico-social.

5. De muy otra manera son los derechos ciudadanos esencialmente *democráticos*. También pueden ser designados como derechos fundamentales, pero en sentido muy distinto que los derechos individualistas de liber-

tad. Al dualismo de los elementos de una Constitución moderna del Estado de Derecho (abajo, § 16, pág. 201), corresponde aquí un dualismo de los derechos fundamentales. Los derechos ciudadanos democráticos no presuponen al hombre individual libre en el estado extraestatal de «libertad», sino al ciudadano que vive *en* el Estado, al *citoyen*. Tienen por eso un carácter esencialmente político. Hay que distinguirlos de los derechos individuales fundamentales, como derechos de *status* político (G. Jellinek) o como derechos populares (Fleiner, *Bundesstaatsrecht,* pág. 288). El contraste más importante estriba en que no pueden ser ilimitadas en principio, no pueden ser «libertades», y por ello no corresponden al principio de distribución de los auténticos derechos fundamentales. Se mueven *dentro* del Estado, y afectan sólo a una cierta medida de la participación en la vida del Estado. Están informados por el pensamiento democrático de la igualdad, y deben recaer sobre todos los ciudadanos en la misma medida. Naturalmente, no son para extranjeros, porque entonces cesaría la unidad y comunidad política y desaparecería el supuesto esencial de la existencia política, la posibilidad de distinción entre amigos y enemigos. A estos derechos democráticos pertenecen: la igualdad ante la Ley (art. 109); el derecho de petición (art. 126, C. a.), que, según la concepción acertada, es un derecho ciudadano y no un derecho general del hombre; el derecho de sufragio igual del ciudadano (arts. 22 y 17, C. a.); acceso igual a todos los cargos públicos, con arreglo a las aptitudes (art. 128, C. a.).

6. A su vez, tienen distinta estructura los derechos, esencialmente *socialistas,* del individuo a prestaciones positivas del Estado. No pueden ser ilimitados, pues todo derecho a prestaciones ajenas es limitado, pero lo sería en cualquier caso un derecho de todos a prestaciones del Estado. Tales derechos presuponen una organización estatal a la que se incorpora el individuo titular del derecho. Con eso, su derecho se relativiza ya. Es *condicionado,* y ciertamente, por una organización que incluye al individuo, le asigna su puesto, mide y raciona su pretensión. Cuando una ley constitucional proclama el «derecho al trabajo», no puede pensarse con ello en un derecho ilimitado en principio. Sólo puede consistir tal «derecho al trabajo» en un sistema de organizaciones, inscripciones, investigaciones médicas, certificado de trabajo, talones de trabajo y deberes de prestar el trabajo asignado, como asistencia organizada o en la forma de una bolsa de trabajo o seguro contra el paro, a la manera de la ley alemana de 16 de julio de 1927 *(Gaceta,* I, pág. 187). Según su estructura lógica y jurídica, tal derecho se encuentra en contraposición con los auténticos derechos fundamentales y de libertad, siendo por eso erróneo el hablar indistintamente de «derechos fundamentales». Son ejemplos de esa especie de derechos: el derecho al trabajo; derecho a la asistencia y subsidio; derecho a la enseñanza e instrucción gratuita (art. V, 17 de la Constitución soviética de 1918, pero no en igual medida, art. 145, C. a.); art. 119, C. a.: «Las familias numerosas tienen derecho a la protección y asistencia del Estado»; art. 163, 2: «Debe darse a todo alemán la posibilidad de ganar su sustento por medio del trabajo económico. En tanto que no se le pueda proporcionar tra-

bajo adecuado, se cuidará de su necesaria manutención. El detalle será fijado por leyes especiales del Reich.»

OJEADA DE CONJUNTO SOBRE LOS DERECHOS DEL INDIVIDUO TRATADOS EN 1, 5 Y 6

Derechos de libertad del individuo aislado	*Derechos de libertad del individuo en relación con otros*	*Derechos del individuo en el Estado, como ciudadano*	*Derechos del individuo a prestaciones del Estado*
Libertad de conciencia Libertad personal Propiedad privada Inviolabilidad del domicilio (Secreto de la correspondencia)	Libre manifestación de las opiniones Libertad de discurso Libertad de Prensa Libertad de cultos Libertad de reunión Libertad de asociación (Libertad de coalición, en tránsito ya hacia lo político)	Igualdad ante la ley Derecho de petición Sufragio igual Acceso igual a los cargos públicos	Derecho al trabajo Derecho a asistencia y socorro Derecho a la educación, formación e instrucción
Garantías liberal-individualistas de la esfera de libertad individual, de la libre competencia y la libre discusión		Derechos político-democráticos del ciudadano individual	Derechos y pretensiones socialistas (o más suavemente: sociales)

IV. *Hay que distinguir las garantías institucionales de los derechos fundamentales.*

1. Mediante la regulación constitucional, puede garantizarse una especial protección a ciertas instituciones. La regulación constitucional tiene entonces la finalidad de hacer imposible una supresión en vía legislativa ordinaria. Con terminología inexacta se suele hablar aquí de derechos fundamentales, si bien la estructura de tales garantías es por completo distinta, lógica y jurídicamente, de un derecho de libertad. Ni aun siquiera cuando se aseguran con la garantía institucional derechos subjetivos de individuos o de corporaciones —lo que no es obligado—, hay ahí derechos fundamentales ningunos. La garantía institucional es, por su esencia, limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, aun cuando las tareas no estén especializadas en particular, y sea admisible una cierta «universalidad del círculo de actuación».

A esto corresponden los llamados derechos fundamentales de los municipios, por ejemplo, § 184 de la Constitución de Francfort de 1849: Todo municipio tiene como derechos fundamentales de su Constitución: *a)* la elección de sus directores y repre-

sentantes; *b)* la administración independiente de sus asuntos municipales, incluida la policía local, bajo la alta inspección del Estado legalmente ordenada, etc. El artículo 127, C. a., declara: Los municipios y las asociaciones de municipios tienen el derecho de administración autónoma dentro de los límites de la ley. Este postulado contiene una garantía legal-constitucional: el instituto de la autonomía queda garantizado por ley constitucional del Reich, de manera que la institución de la administración municipal autónoma como tal no puede ser suprimida, y todas las leyes que por su contenido objetivo nieguen esta administración autónoma del municipio, o arrebaten su esencia, son inconstitucionales. Por el contrario, no se garantiza en esa prescripción un derecho a la existencia del municipio en particular, o de la asociación de municipios en particular. Por eso son posibles también anexiones de municipios, según el derecho del País y contra la voluntad del municipio. Tampoco se fija el *status quo* del contenido, existente en 14 de agosto de 1919, de las normas de administración autónoma contenidas en el derecho de los Países; estas normas pueden ser cambiadas en cualquier momento por simple ley del País. Aquí se distingue el artículo 127, C. a., del artículo 70 de la Constitución prusiana de 1920, que coloca bajo la protección de esta Constitución el *status quo* de lo que, según la situación jurídica actual, es en Prusia asunto propio de la administración autónoma, de modo que las delimitaciones sólo resultan admisibles mediante una ley de reforma de la Constitución prusiana.

Otros ejemplos de garantías institucionales: la prohibición de Tribunales de excepción (derecho al juez legal) en el artículo 105; el matrimonio como base de la vida familiar (art. 119); el descanso dominical (art. 139). Contradictorio y oscuro es el texto de la Constitución de Weimar respecto a la propiedad privada. En el artículo 153 se garantiza la propiedad, junto al concreto derecho de propiedad, como institución de Derecho privado, así como el derecho de testar (art. 154). Pero el que la Constitución de Weimar garantice, como institución, la propiedad privada, no puede significar el que no quisiera tratarla ya como un derecho fundamental, sino relativizarla, con lo que la garantía de la propiedad privada tendría, a causa del artículo 153, C. a., significación distinta para el derecho político que la inviolabilidad de la libertad personal. La libertad personal no puede ser nunca, naturalmente, una institución. La propiedad privada, por el contrario, puede ser considerada, sin duda, como algo preestatal, derecho natural existente antes de toda ordenación social, pero también como simple institución legal. Los términos del artículo 153 hacen aparecer dudoso si se trata de un reconocimiento de derecho fundamental o sólo de una garantía institucional. El texto de la frase 2 en el artículo 153, 1: «Su contenido (de la propiedad) y sus límites resultan de las leyes», se encuentra en contradicción con el derecho fundamental de la frase 1, pues el contenido de un derecho fundamental auténtico, por ejemplo, la libertad personal, *no* resulta de la ley, sino que es dado *antes* que ella. No sería, pues, lícito, según la Constitución de Weimar, delimitar legalmente el contenido de la propiedad privada de manera que la «discrecionalidad de dominio» *(Herrschaftsbelieben,* M. Wolf), que reside en el concepto tradicional de propiedad, se transformara en una suma de derechos particulares enumerados. En la frase 1, la garantía de la propiedad no está concebida como garantía constitucional de un nombre sin contenido, sino como reconocimiento de un principio, porque no puede

darse Estado burgués de Derecho sin propiedad privada, y la Constitución de Weimar quiere ser una *Constitución* del Estado burgués de Derecho.

Las prescripciones de la Constitución de Weimar sobre el *Derecho de funcionarios* contienen, por el contrario, un ejemplo auténtico de garantías institucionales. Aseguran el mantenimiento de una burocracia profesional que «debe ser servidora de la comunidad, y no de un partido» (art. 130, C. a.); es decir, que debe ser defendida contra las consecuencias, destructoras del Estado, de una práctica parlamentaria de botín y séquito. La garantía de los derechos adquiridos de los funcionarios (art. 129, 1, 3) viene, en realidad, a beneficiar al funcionario individual; da lugar también al derecho subjetivo del funcionario, y no sólo para sus pretensiones a derechos económicos, sino igualmente, con distinta especie de protección jurídica, hasta a las pretensiones al título y rango, e incluso a una actuación correspondiente a las normas jurídicas y administrativas (comp. *Gac.*, t. 104, página 58; t. 107, pág. 6). Todo esto no está, sin embargo, al servicio del interés privado del funcionario, sino de la institución de la burocracia profesional como tal. Una ley que suprimiera en principio la burocracia profesional sería tan inconstitucional como una ley que suprimiera la administración municipal autónoma, la familia o el derecho a testar. Hay, pues, garantías institucionales con derechos subjetivos y sin ellos; también la protección jurídica y la posibilidad de hacer valer pretensiones está conformada de modo muy vario; pero a la esencia de la garantía institucional no le corresponde ni un derecho subjetivo, ni el mantenimiento de una vía jurídica.

La garantía constitucional de la libertad de la ciencia y de su enseñanza (art. 142, C. a.), llamada por R. Smend *(Staatsrechtslehrertagung 1927, AöR.* XIII, pág. 107) «derecho fundamental de la Universidad alemana», contiene una garantía institucional. No es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional contra la supresión legislativa, según es característico de la garantía institucional. Lo mismo puede decirse de las garantías del art. 149, C. a.: instrucción religiosa como asignatura ordinaria en las escuelas, y el mantenimiento de las Facultades de Teología en las Universidades.

2. Dentro del Estado no pueden darse derechos fundamentales de una *comunidad*, natural u organizada; en estos llamados derechos fundamentales hay una garantía institucional. La familia como tal no tiene ningún derecho fundamental en sentido auténtico, y menos su miembro como tal. Sólo puede ser constitucionalmente protegida como institución. Lo mismo ocurre con municipios o asociaciones de municipios. A la institución puede atribuirse el carácter de sujeto de derecho, pueden garantizársele constitucionalmente derechos subjetivos, y hubiera sido posible, por ejemplo, conceder tales derechos subjetivos a los municipios y asociaciones de municipios, de igual manera que en el art. 127, C. a. (a diferencia del § 184 de la Constitución de Francfort, 1849), no han recibido más que una garantía institucional sin derechos subjetivos. Pero tampoco estos derechos subjetivos son más que derechos legal-constitucionales, no auténticos dere-

chos fundamentales en el sentido del principio básico de distribución del Estado burgués de Derecho. Todas estas instituciones existen *dentro* del Estado, no antes y por encima de él. El auténtico derecho fundamental parte del dato del individuo con su esfera de libertad ilimitada en principio. Una institución no puede darse como supuesta en manera semejante. El Estado moderno es una unidad política cerrada y, por su esencia, el *Status*, es decir, un *status* total, que relativiza en su seno todos los otros *status*. No puede reconocer en su seno ningún *Status* de Derecho público dado antes que él o sobre él, y por ello jurídicamente equiparado, y mucho menos miembros intermedios que sobresalgan por encima de él o junto a él, con independencia respecto de él, no puede tener relaciones de Derecho político, es decir, internas, sino sólo relaciones de Derecho internacional.

El Estado es capaz de prestar y garantizar constitucionalmente derechos subjetivos de las clases más diferentes, y también un derecho a la existencia a una comunidad organizada con existencia independiente de él. Tampoco éstos son derechos fundamentales en el sentido auténtico. Cuando una Iglesia, como la Católica romana, pretende para sí derechos pre- y supra-estatales, esto puede llevar a un *tratado* entre Estado e Iglesia. El tratado no es un acto de Derecho político, sino de Derecho internacional, y el Estado se presenta, frente a la Iglesia, como unidad cerrada. Es también posible que el contenido de ese tratado sea completado con garantías legal-constitucionales, es decir, estabilizado mediante la transformación en derecho interno, como ley constitucional. Con esto entra en escena la protección específica de tales garantías constitucionales; pero semejantes obligaciones internacionales no pertenecen a la Constitución de un Estado ni son, en ningún sentido, derechos fundamentales del titular de Derecho internacional.

Cuando un Estado se ha obligado en Derecho internacional a tratar de una cierta manera a los pertenecientes a una minoría, y esa obligación se transforma en derecho interno con el carácter de prescripción legal-constitucional, no surge por ello un derecho fundamental de la minoría como colectividad. Los tratados corrientes de protección de minorías que se han concertado desde el año 1919 en distintos Estados de Europa central y oriental (arriba, § 7, IV, 5, pág. 91), contienen garantías de la libertad e igualdad de los individuos pertenecientes a una minoría, y se basan en el pensamiento de los derechos individuales del hombre, siendo, por lo mismo, auténticos derechos fundamentales. Cuando, por encima de esto, se garantiza a la minoría una autonomía más amplia, y se organiza la minoría como tal, ello significa una garantía institucional, con o sin derechos subjetivos, pero no un auténtico derecho fundamental.

3. Los «derechos fundamentales» internacionales de los Estados no se toman aquí en cuenta. Dentro de una Federación, cada Estado-miembro tiene un derecho a la existencia, que ciertamente puede designarse como «derecho fundamental», pero claro está que en sentido distinto al derecho fundamental del individuo en el Estado burgués de Derecho (comp. abajo, § 29, sobre el problema de la Federación). Los derechos «fundamentales»

de los príncipes electores o de otros estamentos del viejo Imperio alemán, no requieren ser discutidos aquí —sobre eso, arriba, § 6, II, 2, pág. 68.

V. *Deberes fundamentales* no son, en el Estado burgués de Derecho, otra cosa que deberes establecidos por ley constitucional. Sólo pueden ser, entonces, deberes en un sentido jurídico positivo, resultando limitados. Deberes ilimitados en principio contradirían también la idea del Estado burgués de Derecho. Por eso, todo deber existe sólo «a medida de las leyes», que delimitan el supuesto y contenido del deber. Cuando la Constitución de Weimar habla de deberes fundamentales es de observar que la estructura lógica y jurídica de los mismos difiere de la de los derechos fundamentales. Según la idea originaria, sólo hay, como hacía notar con razón el diputado Düringer en las deliberaciones de la Comisión de Constitución de la Asamblea Nacional de Weimar *(Prot.*, pág. 184), derechos fundamentales, pero no deberes fundamentales del individuo. El reconocimiento de deberes fundamentales priva al Estado del carácter de Estado de Derecho puramente liberal, y la declaración de los derechos fundamentales en la parte segunda de la Constitución de Weimar tuvo por misión servir a esa finalidad, afirmando el carácter social del Reich alemán, frente a los principios de la libertad individualista. Los deberes fundamentales no son deberes del hombre en general, sino sólo deberes del miembro o del sometido al Estado, es decir, de los hombres que se encuentran dentro de la esfera de poder del Estado.

Ejemplos: art. 132, C. a.: «Todo alemán tiene la obligación de aceptar, con arreglo a las leyes, cargos públicos honorarios», prescripción que, por sí misma, no da lugar todavía a una obligación concreta, sino que remite a la prescripción legal llamada a concretar. Igualmente el art. 133, C. a.: «Todos los ciudadanos están obligados a prestar servicios personales, a medida de las leyes, al Estado y los municipios.» Artículo 133, 2, 1: «El deber militar se rige por las prescripciones de la ley de Defensa nacional.» Art. 145, 1, 1: «La enseñanza primaria es obligatoria.» En general, estos deberes fundamentales de la Constitución de Weimar no la privan del carácter de Constitución del Estado burgués de Derecho. El «carácter mixto» se muestra en postulados como el art. 163, C. a.: «Todo alemán tiene la obligación moral, sin perjuicio de su libertad personal, de poner en juego sus fuerzas físicas y espirituales según exija el bien de la comunidad.»

VI. *División de los derechos fundamentales en atención a la protección jurídica contra limitaciones e injerencias por parte del Estado.*

1. Sobre la distinción entre derechos fundamentales absolutos y relativos, arriba, III, 3. El auténtico derecho fundamental del individuo es siempre absoluto, y corresponde al principio de distribución del Estado de Derecho, según el cual la libertad del individuo es ilimitada en principio, y la facultad del Estado, limitada en principio.

De estas condiciones de absoluto y de ilimitado en principio no se sigue la imposibilidad absoluta de injerencias y limitaciones. Pero éstas aparecen como excepción, y ciertamente como una excepción calculable, mensurable y controlable con arreglo al supuesto y contenido. Por eso, no

pueden tener lugar sino a base de leyes, entendiéndose Ley, en el concepto propio del Estado de Derecho, como una norma general, y no como cualquier acto particular del Rey o del Cuerpo legislativo, realizado en forma de ley. El derecho fundamental y de libertad se encuentra, pues, bajo la salvaguardia de la Ley. La protección consiste en que la Ley, en el sentido del Estado de Derecho, necesita tener ciertas propiedades objetivas, con que se satisface la idea del principio de distribución (arriba, § 13).

Las limitaciones de la libertad personal, etc., son admisibles sobre la base de leyes, y por cierto de leyes ordinarias, por ejemplo, a base del Código de procedimiento criminal. No puede pasarse por alto el hecho de que en la práctica ha llegado a considerarse como corriente una cierta medida para las injerencias. Incluso allí donde conceptos indeterminados, tomados en abstracto, parecen dar posibilidades ilimitadas de injerencia, se introduce en la práctica una delimitación. Así, el control judicial de la Administración, más que otra cosa, ha transformado la policía, incluso las llamadas «facultades generales» de la policía, en el sentido de la Ley tal como la entiende el Estado de Derecho, introduciendo de este modo una situación principal de límite y medida. El ejemplo más conocido de una tal «delegación general» es el § 10, II, 17, del Derecho general prusiano, que vale como fundamento legal para las facultades de la policía: «Los establecimientos necesarios para el mantenimiento de la paz pública, seguridad y orden, y para eliminar los peligros que amenacen al público o miembros individuales del mismo, es cargo de la policía.» Aquí, cada una de las palabras ha llevado a toda una serie de prejuicios que dan lugar a una calculabilidad y mensurabilidad policial, prestan un contenido normal controlable a conceptos como «mantenimiento» de la «seguridad pública» y «orden», etcétera, y han encontrado reglas limitadoras para el llamado estado policial de necesidad (por ejemplo, simple deber de tolerar, no deber de conducta activa). Para el caso en que no se den los supuestos normales de esta práctica y sean necesarias por eso injerencias más amplias, no mensurables, es decir, para el caso del *estado de excepción,* se prevé en ley constitucional la posibilidad de una suspensión que ponga fuera de vigor temporalmente los derechos fundamentales, como ocurre en el art. 48, 2, C. a. (arriba, § 11, pág. 124).

Suele decirse que la significación jurídico-positiva de los derechos fundamentales consiste en que dan lugar al principio de la «legalidad de la Administración». Por lo demás, parece aceptarse que, en tanto no lo prohíban disposiciones legal-constitucionales expresas, es admisible cualquier injerencia mediante ley o ley especial en la esfera de libertad garantizada por los derechos fundamentales. De esta manera, se entiende mal la garantía de la ley, por desconocer el concepto de Ley propio del Estado de Derecho. Igualmente es inexacto e induce a error el hablar de una «autorización» por ley. Observando la significación que para el Estado de Derecho tienen los derechos fundamentales, el principio fundamental de distribución contenido en ellos y el concepto de Ley, esta «garantía de la ley» y el principio de que las injerencias en la esfera de libertad han de ajustarse a la Ley,

deben ser circunscritos de la siguiente manera: las limitaciones de la libertad garantizada en los derechos fundamentales sólo pueden tener lugar *a base* de una *ley,* es decir, de una norma general, y *mediante* un acto de *aplicación de una ley.*

2. Pero la protección de la libertad burguesa garantida por el reconocimiento de los derechos fundamentales no se agota en esa garantía de la Ley, sino que va más allá. El reconocimiento de los derechos fundamentales, en el sentido del Estado burgués de Derecho, significa que los principios de Estado de Derecho de una Constitución liberal burguesa moderna son reconocidos como elemento esencial de la Constitución misma. Esto significa que pertenecen a la sustancia de la Constitución y que si pueden ser, ciertamente, modificados por una normación constitucional, su destrucción completa es, sin embargo, más que una simple revisión constitucional. Sería por eso inexacto pensar que pudiera emitirse, en vías de reforma de la Constitución, según el art. 76, C. a., cualquier ley que destruyera los derechos burgueses fundamentales y de libertad. Ese error es sólo posible en tanto se prescinde de la distinción entre Constitución y ley constitucional. Una revisión constitucional no tiene por finalidad suprimir la Constitución, sino revisar leyes constitucionales. Por medio de una ley de reforma de la Constitución pueden establecerse nuevas limitaciones de los derechos de libertad. En tanto sea admisible la práctica de actos apócrifos de soberanía (arriba, § 11, II, pág. 123), cabe admitir también quebrantamientos y medidas particulares; pero una ley, aprobada por el procedimiento del art. 76, que suprimiera la libertad personal u otro derecho fundamental reconocido y pusiera al arbitrio de una autoridad injerencias no calculables, sería inconstitucional porque destruiría el derecho fundamental.

El punto de vista de Duguit *(Manuel,* pág. 486; *Traité de Droit constitutionnel,* 2.ª ed., III, págs. 561-2) de que los derechos de libertad de 1789 no pueden ser suprimidos siquiera por una ley de revisión constitucional, puede aplicarse con acierto a toda Constitución burguesa del Estado de Derecho. Pero tiene que llevar, pensando consecuentemente hasta el final, a la necesidad de distinguir entre Constitución y leyes constitucionales (comp. arriba, § 2, pág. 50). En el art. 130 de la Constitución de Francfort de 28 de marzo de 1849 se contiene también implícitamente la idea de que los auténticos derechos fundamentales, como elemento esencial y, por cierto, jurídico-positivo de la Constitución, se encuentran por encima de la regulación de las *leyes* constitucionales: «Al pueblo alemán les serán garantizados los derechos fundamentales que a continuación siguen. Serán norma para las Constituciones de los distintos Estados alemanes. *Ninguna Constitución o legislación* de un Estado alemán podrá suprimirlos o limitarlos.» La primacía de los derechos fundamentales sobre las mismas leyes constitucionales se encuentra oscurecida aquí, por cuanto que al mismo tiempo se realiza una regulación *federal* sobre la relación del Reich y de los Estados, mientras que la relación entre derechos fundamentales y ley constitucional queda intacta por lo que se refiere al Reich. Análoga oscuridad se ha encontrado, por lo demás, en los derechos fundamentales de la Constitución federal de los Estados Unidos de América (Boutmy, *Etudes,* págs. 94 y sigs.). Pero, prescindiendo de ese aspecto federal, queda la cuestión de si los derechos fundamentales pueden ser suprimidos por una ley de reforma de la Constitución. Con ocasión de la enmienda XVIII a la Constitución de los

Estados Unidos (prohibición de bebidas alcohólicas) se suscitó ese problema, pero también ahí fue tratado desde el aspecto federal (William L. Marbury, *Harward Law Review,* 1919-20, págs. 223 y sigs.); (arriba, § 11, II, pág. 122). Es también interesante a este respecto el que la cuestión principal de los límites de la facultad de reformar la Constitución está sin resolver todavía también en la práctica americana.

3. La garantía de todo derecho fundamental auténtico se dirige, si bien con distinto grado de eficacia, 1) a los órganos competentes para revisar la Constitución, de manera diversa por cierto, según que actúen como titular de la facultad constitucionalmente conferida de revisar la Constitución, o como titular de la facultad de realizar actos apócrifos de soberanía (pág. 123); 2) a los órganos competentes para dictar leyes ordinarias, y 3) a las restantes autoridades del Estado, sobre todo al llamado *Ejecutivo.* A consecuencia de la dirección de las luchas políticas de la burguesía liberal, que en Europa iban principalmente contra el absolutismo del Rey, se consideró predominante o casi exclusivamente la dirección contra el *Ejecutivo;* el interés capital iba en el sentido de impedir injerencias y limitaciones que pudieran verificarse por real ordenanza, y vincular la Administración, sobre todo la policía, a las leyes, practicando así el principio de la legalidad de la *Administración.* A causa de ese interés, históricamente explicable, en una determinada dirección de los derechos fundamentales, queda inconsiderada su significación principal, y se prescinde por completo de la distinción central entre la ley general, como *base,* y los actos concretos de injerencia, que la aplican, y también, por consiguiente, el contenido distinto de las distintas direcciones de toda garantía. Y como hoy se ha convertido en una cosa incuestionable la legalidad de la Administración, sobre todo de la policía, podrían tratarse —erróneamente— esos derechos fundamentales como «vacíos de contenido».

R. Thoma, ob. cit., ha planteado con atención a la eficacia, las siguientes distinciones dentro de los «derechos fundamentales»: algunos tienen, como él dice, *fuerza constitucional,* es decir, que no puede establecerse una excepción a ellos sobre la base de una ley ordinaria, sino sólo por virtud de la prescripción legal-constitucional, sobre la base de una ley de reforma de la Constitución —tal, el derecho al juez legal y la prohibición de Tribunales de excepción (art. 105, C. a.)—; otros, y por cierto la mayor parte, de los derechos fundamentales tienen sólo *fuerza legal,* a saber, que pueden establecerse por ley ordinaria excepciones y limitaciones, con lo que hay que distinguir ahora si la Constitución de Weimar exige una ley del Reich *(fuerza de ley del Reich,* por ejemplo, en el art. 117: sólo por ley del Reich pueden considerarse lícitas las excepciones al secreto de la correspondencia; o el art. 112: «la emigración no puede ser limitada sino por ley del Reich»), o si también una ley del País hace posibles tales limitaciones o injerencias (derechos fundamentales con *fuerza de ley de País).* Con esto tienen, por caso notable, sólo fuerza de ley de País los derechos fundamentales más importantes y básicos, como libertad personal e inviolabilidad del domicilio (arts. 114 y 115, C. a.), habiéndose vaciado prácticamente de contenido, por cuanto el principio de la legalidad de la Administración ha llegado a ser cosa incuestionable. Frente a esto, hay que afirmar que todo auténtico derecho fundamental tiene fuerza de ley constitucional y no puede ser destruido por una ley de reforma de la Constitución, y que,

con independencia del principio de la legalidad de la Administración, los límites que se establezcan en vías legislativas son medidos en su volumen por los principios de la Ley, según la entiende el Estado de Derecho, y todo derecho fundamental vincula también al legislador —sea del Reich, sea del País—, pues en modo alguno es «vacío de contenido» si se prescinde del principio de la legalidad de la Administración como cosa incuestionable.

Se explica que R. Thoma pueda distinguir derechos fundamentales «con fuerza constitucional» o, más exacto, con fuerza de ley constitucional, de los que tienen simple «fuerza de ley», porque se extiende de modo inadmisible el concepto de derechos fundamentales a las más diversas garantías de la ley constitucional, pudiendo así mezclar y confundir con los derechos fundamentales, sobre todo, garantías institucionales. La garantía institucional da lugar, en realidad, a una protección especial frente a la legislación ordinaria, y, a este respecto, es acertada la expresión de Thoma «fuerza de ley constitucional». El ejemplo más claro de un derecho con fuerza de ley constitucional es el derecho al juez legal que se garantiza en el artículo 105, C. a., con las palabras: «Son ilícitos los Tribunales de excepción. Nadie puede ser sustraído a su juez legal.» Se puede bien admitir que estos dos postulados tienen igual contenido, en el sentido de que el segundo es el más general, y la prohibición de los Tribunales de excepción es sólo una particularización del derecho al juez legal (Ed. Kern, *Der gesetzliche Richter,* 1927, pág. 234). Además, esa prescripción es un caso particular de la igualdad ante la Ley (art. 109, C. a.). Pero ese «derecho al juez legal» significa, en realidad, una garantía institucional. Muestra de manera especialmente clara cómo pueden introducirse en la Constitución, a base de ciertas experiencias históricas y políticas, garantías singulares para lograr una protección contra el abuso de la competencia legislativa. Otro ejemplo de esa clase de protección especial es la prohibición de la retroactividad de las leyes penales y de leyes *ex-post-facto;* art. 116, C. a.: «Una conducta puede ser objeto de una pena sólo cuando la punibilidad se encontrase legalmente determinada antes de que el acto fuera realizado.»

Tales garantías legal-constitucionales se explican por razones históricas concretas, por la aprensión de ciertos peligros que se temen a causa de ciertas experiencias. Sólo de manera mediata sirven al principio de los derechos fundamentales, sin ser ellas mismas derechos fundamentales. Contienen una protección especial contra el abuso de la facultad de legislar, una garantía especial para asegurar la distinción de poderes y la realidad de un concepto de Ley como lo entiende el Estado de Derecho. Prohíben al legislador un acto de soberanía, esto es, un quebrantamiento del orden jurídico vigente. Para el caso de un peligro extraordinario de la seguridad y orden del Estado es exigible, por eso, una regulación de naturaleza especial que suprima todas las vinculaciones legal-constitucionales llevando hacia institutos jurídicos como el estado de guerra, el estado de sitio y el estado de excepción. Una «reserva de la ley», es decir, una regulación fijada de antemano, mensurable, general y controlable, tiene sentido sólo para autén-

ticos derechos fundamentales, pero no frente a tales garantías institucionales. «Juez legal», por ejemplo, supone una organización judicial y una regulación de competencia, pero no una esfera ilimitada de libertad en la que puede intervenirse bajo la reserva de una ley. Aún con mayor claridad se muestra la condición diferente de las garantías legal-constitucionales cuando una prescripción positiva se garantiza por ley constitucional; así la instrucción religiosa como asignatura ordinaria en las escuelas (art. 149, 1, 1), el derecho del funcionario a conocer su expediente personal (art. 129, 3, 3), etc. Tales «garantías» no tienen, claro es, «fuerza de ley constitucional»; pero sería desconocer el principio positivo de una moderna Constitución del Estado de Derecho, si se quisiera dar a tales detalles accidentales de la regulación constitucional una garantía más fuerte que al principio básico de los derechos fundamentales mismos.

4. La gran oscuridad acerca de la naturaleza diversa de las garantías legal-constitucionales y el abuso de lo que las palabras «derecho fundamental» comportan, pueden explicar también algunas oscuridades en las prescripciones contenidas en la parte segunda de la Constitución de Weimar. Es preciso afirmar que en un Estado burgués de Derecho no pueden ser considerados como derechos fundamentales más que los derechos de libertad del hombre individual, porque sólo ellos pueden corresponder al principio básico de distribución del Estado burgués de Derecho: esfera de libertad, ilimitada en principio; facultad estatal de intervención, limitada en principio. Todos los otros derechos, por muy importantes que se consideren y por muy fuertes que sean las garantías y solemnidades con que se incluyan en la regulación de la Ley constitucional, no pueden ser nunca más que derechos limitados en principio. Lo dicho vale para todas las garantías institucionales. El reconocimiento de los diversos derechos de funcionarios que la Constitución de Weimar presenta en los artículos 129 y 130 muestra, con mucha claridad, la diferencia. Por el art. 130, 2, se «garantiza a todos los funcionarios la libertad de opiniones políticas y la libertad de asociación». Ahí se combina en forma contradictoria un derecho general del hombre con una garantía institucional. El funcionario tiene, como tal, un *status* especial, con todas las consecuencias de tal concepto, que no se agota en una serie de obligaciones particulares; tiene el deber de fidelidad, de obediencia en el servicio, de secreto profesional, de una vida honesta, incluso fuera del ejercicio del cargo. Este *status* especial es muy distinto de la condición general de «Hombre». Se puede decir que el concepto de funcionario ha sido siempre sospechoso a los representantes radicales del liberalismo burgués. Pero la Constitución de Weimar quiere en esto, precisamente, continuar la gran tradición del Estado alemán de funcionarios, a pesar del cambio de forma política, y mantener las peculiares fuerzas y valores de esa burocracia del pueblo alemán. Así surgieron las garantías institucionales de los artículos 129 y 130. De una manera que es típica del carácter mixto de la Constitución de Weimar, se encuentran unidos dos principios y se ignora la posibilidad del conflicto entre ellos. Una libertad ilimitada en principio, en el sentido de un derecho general del hombre,

necesitaría suprimir, si se aplicaba de modo consecuente, el concepto de funcionario, pues sería imposible que el funcionario tomara en consideración las ventajas y distinciones de su *status,* por lo que concierne a sus derechos y pretensiones subjetivas; pero, respecto de sus deberes, pudiera apelar a las «libertades» individualistas del Hombre liberal, es decir, del no-funcionario, ilimitadas en principio. Si ha de subsistir la burocracia como institución, el *status* especial debe aparecer como lo decisivo en caso de conflicto. Los deberes del *status* del funcionario preceden a las garantías de la libertad de asociación y de la libertad de opiniones políticas. El significado de aquellas garantías legal-constitucionales del artículo 130 se reduce, pues, a la supresión de ciertas limitaciones hasta entonces existentes de la libertad de asociación y de la libre manifestación del pensamiento; pero, por lo demás, hay una diferencia fundamental entre el derecho general del Hombre, de libertad de pensamiento y de asociación, garantizado al hombre individual, y la garantía de tales «libertades» al funcionario, manteniendo mientras tanto la institución de la burocracia. En un caso se trata de un auténtico derecho fundamental, que supone una esfera de libertad ilimitada en principio; en otro caso afecta a prescripciones especiales, normadas en ley constitucional, en relación con una garantía institucional.

§ 15

LA DISTINCION (LLAMADA DIVISION) DE PODERES

La distinción de poderes contiene el segundo principio del elemento de Estado de Derecho propio de toda Constitución liberal burguesa. Es el principio orgánico destinado a asegurar, al ponerse en práctica, la moderación y controlabilidad de todos los órganos de poder del Estado.

I. *La aparición histórica de la doctrina de la distinción de poderes.*

Las experiencias hechas por el pueblo inglés en la primera revolución inglesa, con el señorío de su Parlamento, condujeron hacia intentos teóricos y prácticos de distinguir y separar los distintos campos de la actuación del poder del Estado. La distinción más importante y fundamental que resultó de ahí fue la distinción de la Ley como una norma permanente, obligatoria para todos, incluso para el propio legislador, y, por lo tanto, general, que no puede quebrantarse para un caso particular, respecto de las restantes ramas de la actividad de voluntad estatal. El *Instrument of Government,* de Cromwell, de 1653, pasa por ser el primer ejemplo de un intento práctico de tal división (arriba, § 4, II, pág. 63). En términos generales, Cromwell se esforzó en crear, frente al Parlamento que había disuelto tres veces, un Gobierno fuerte y capaz de actuar. En concomitancia con estas experiencias surge una teoría de la necesidad de distinción y control recíproco de las diversas ramas de la actividad del Estado. Harrington *(Oceana)* trató de planear un complicado sistema de frenos y controles recíprocos. Locke *(Treatises on government)* distingue la facultad legislativa —es decir, general— de estatuir en reglas fijas, determinadas de antemano, respecto del Poder ejecutivo y del federativo; el último es poder exterior y no puede ligarse a normas generales, por estar demasiado ligado a la cambiante situa-

ción de la política externa *(Civil government,* § 147; comp. *Diktatur,* página 42). En Locke se encuentra también la repetida justificación de la distinción entre Legislativo y Ejecutivo: que no es bueno que los mismos hombres que hacen las leyes las apliquen; porque la ley pierde su carácter de ley tan pronto como el Legislador puede utilizar la forma de la ley para medidas y mandatos particulares a su arbitrio. Es de observar que esta justificación arranca de un sistema de incompatibilidades. Con la diferenciación de varios «poderes» se anuda el ulterior pensamiento orgánico de introducir más amplias divisiones en el seno de los campos así diferenciados de la actividad del Estado para alcanzar un alto grado de controles y frenos *(checks and controls).* La diferenciación no sirve sólo a la separación, porque entonces surgiría una pluralidad de actividades estatales aisladas, sin conexión ninguna, sino que tiene el fin de producir un equilibrio.

La idea de un equilibrio, de un contrapeso de fuerzas opuestas, domina al pensamiento europeo desde el siglo XVI; se manifiesta en la teoría del equilibrio internacional (primero, de los cinco Estados italianos entre sí, después del equilibrio europeo); del equilibrio de importación y exportación en la balanza del comercio; en la teoría del equilibrio de afectos egoístas y altruistas en la filosofía moral de Shaftesbury; en la teoría del equilibrio de atracción y repulsión en la teoría de la gravitación de Newton, etc.; comp. sobre esto la demostración, *Diktatur,* pág. 103; además, Karl Pribram, *Die Idee des Gleichgewichts in der älteren nationalökonomischen Theorie, Zeitschr. f. Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung XVII,* 1908, págs. 1 y sigs., que presenta la teoría del equilibrio estático entre los fenómenos colectivos de la economía humana como algo propio de todas las teorías mercantilistas.

El autor efectivo de la doctrina teorético-constitucional del equilibrio de poderes es Bolingbroke, que por lo demás divulgó la idea de un equilibrio y control recíproco sólo en escritos políticos de carácter polémico y memorias, pero no en una exposición sistemática. Las expresiones empleadas por él son: frenos recíprocos, controles recíprocos, retenciones y reservas recíprocas, etc. De especial significación para las construcciones ideales de la Constitución inglesa es su pensamiento del triple contrapeso y del *equilibrium of powers,* de donde resulta el Gobierno libre o liberal: Rey, Cámara alta y Cámara baja; entre Rey y Parlamento (es decir, aquí, Cámaras alta y baja tomadas en conjunto); entre Legislativo y Ejecutivo, entre las prerrogativas del Rey y la libertad del pueblo debe tener lugar el equilibrio. Como escrito más importante hay que considerar: *The Idea of a patriot King,* 1738; además, la *Dissertation On parties,* 1733, 4. Los escritos aparecieron en su mayor parte como memorias en el semanario *The Craftsman,* 14 tomos, 1726-1736; sobre esto, Walter Sichel, *Bolingbroke and his Times,* Londres, 1901, II, págs. 250 y sigs. Los términos correspondientes: *to check, to controul, to counterwork, to arrest, to restrain.* Otras muestras se encuentran en las obras filosóficas y varias (Edimburgo, 1775 y 1779). El «rey patriota», según lo concibe Bolingbroke, es ya en alguna medida el jefe del Ejecutivo apoyado en la confianza del pueblo, una idea que, según Richard Schmidt *(Der Volkswille als reales Faktor des Verfassungslebens und Daniel Defoe. Verhandlungen der Sächsischen Akademie der Wissenschaft,* 1924, t. 76, pág. 34) hay que referir a Defoe, que veía en la pública opinión del pueblo una fuerza que podía sostener a los Ministros frente al Parlamento. Todas estas ideas tienen gran significación para la construcción de la moderna Democracia; comp. más adelante en la sección sobre el sistema parlamentario, § 24.

Bajo el influjo de Bolingbroke ha desarrollado Montesquieu, en el célebre capítulo VI del libro XI de su *Esprit des lois* (1748), un cuadro ideal de la Constitución inglesa. La correspondiente frase reza: «En todos los Estados hay tres especies de Poder público: el Poder legislativo, el ejecutivo para asuntos exteriores y el ejecutivo para la política interna. Por el primero, el príncipe o autoridad emite nuevas leyes para un cierto tiempo o para siempre y mejora o deroga las viejas. Por el segundo declara la paz o la guerra, envía embajadas y las recibe, vela por la seguridad y previene los ataques del enemigo. Por el tercero castiga los crímenes y dirime los pleitos civiles. El último es el Poder judicial.» Sobre este tercer Poder formula Montesquieu la opinión misteriosa de que es «en alguna manera nulo», *en quelque façon nulle*. Queda, pues, para lo que aquí interesa, sólo la distinción entre Legislativo y Ejecutivo. El Ejecutivo es, como ya se desprende de la frase citada, no una mera aplicación de la ley, sino la actividad propia del Estado; también sería erróneo transportar al «Legislativo» de Montesquieu la actual práctica de la producción rápida y abundante de leyes. La finalidad de su división de las distintas ramas de la actividad del Estado consiste en que un Poder frene a los otros. *Le pouvoir arrête le pouvoir*. De este modo ha de alcanzarse un equilibrio, un contra-balanceo.

En la Constitución federal de los Estados Unidos de América de 1787 se ha acogido y puesto en práctica conscientemente el sistema de la diferenciación, y en verdad se introdujeron no sólo recíprocos frenos y controles, sino también, en gran medida, efectivas *separaciones*. El Legislativo (éste, a su vez, dividido en dos Cámaras: Cámara de Representantes y Senado, que juntas forman el Congreso, es decir, la Corporación legislativa) fue separado del Ejecutivo (Presidente) y excluida la posibilidad de una relación directa entre ambos; el Presidente (el Gobierno o Ejecutivo) no tiene, pues, una propia iniciativa de la Ley; aun cuando ha de sometérsele el proyecto de ley y él puede oponerle reparos que solamente serán superados mediante votación, por dos tercios de mayoría de la Cámara de donde el proyecto ha emanado. El Presidente carece de un derecho de disolución frente a ambas Cámaras; no depende de la confianza de esta corporación legislativa, etc.

La Constitución del año 1791, primera de la Revolución francesa, habla por primera vez de una *separación* de poderes (*séparation des pouvoirs*, en lugar de división; comp. Duguit, *Manuel*, págs. 316 y sigs.). Sin embargo, no puede introducir más que la Constitución federal americana una absoluta separación, es decir, aislamiento, sino que, antes bien, se establece aquí un sistema de recíprocos frenos y vinculaciones, según corresponde al pensamiento de un equilibrio.

De esta ojeada se desprende ya una gran variedad de expresiones y de puntos de vista para el principio general de organización de la distinción de poderes. La expresión más general y compendiosa es la forma aquí propuesta «distinción de poderes». *Separación* significa un aislamiento completo, que sirve tan sólo como punto de partida de la ulterior organización y después, es decir, en la posterior regulación, con-

siente, sin embargo, algunas vinculaciones. *División* significa propiamente una distinción *en el seno* de uno de los varios poderes, por ejemplo, la división del Poder legislativo en dos Cámaras, un Senado y una Cámara de diputados (W. Hasbach, *Die parlamentarische Kabinettsregierung,* 1919, pág. 314). De este modo surge un típico esquema de organización con tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Administración de Justicia; esta división tripartita se ha aceptado en general, si bien quizás pueden construirse y se han construido otros «poderes». No hay en todo caso ninguna Constitución del Estado burgués de Derecho cuya regulación orgánica no esté dominada por el principio de la distinción de poderes.

II. *Separación y contrapeso de poderes.* En la distinción de poderes hay que considerar dos puntos de vista: primero, la introducción de una *separación* de las autoridades superiores del Estado y de su competencia; después, el establecimiento de una vinculación de influjo y contrapeso recíprocos de las facultades de estos «poderes» diferenciados. Una cierta separación es necesaria, y con ella se hace posible una diferenciación. Si bien no cabe practicar un pleno y absoluto aislamiento, por lo pronto es preciso considerarlo, no obstante, como punto de vista independiente dentro de este principio de organización.

1. El esquema de una separación rigurosamente practicada lleva a concebir la Legislación, el Ejecutivo y la Justicia como tres organizaciones de la actividad del Estado aisladas entre sí. Ninguna autoridad ni ningún miembro de uno de estos sectores podría pertenecer al mismo tiempo a otro sector, existiendo así la más rigurosa incompatibilidad entre el puesto de un diputado de la Corporación legislativa y el de un funcionario de la Administración del Estado, incluso un ministro; ningún funcionario administrativo puede actuar como juez; ningún juez como funcionario administrativo; ninguna autoridad de un sector puede ejercer una competencia que con arreglo a su contenido objetivo pertenezca a otro sector. Consecuencia de esta separación rigurosamente practicada sería la de que los Cuerpos legisladores no podrían tener influjo ninguno en el Gobierno parlamentario, es decir, dependiente de la confianza de la mayoría de la Corporación legislativa; contradiría esta rigurosa separación, y por tal causa está excluido en la Constitución de los Estados Unidos de América. Se podría obtener también de la necesidad de la separación la consecuencia de que tampoco podría tener lugar ningún control judicial sobre actos del Legislativo, así que la comprobación judicial de la constitucionalidad de las leyes, según la práctica del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, frente al Legislativo es contraria al esquema que después se hace de una separación de poderes. En estos ejemplos se muestra ya que con el sistema de una «separación de poderes» no tratamos de una organización histórica completa que se hubiera practicado en cualquier sitio con todo detalle, sino sólo de un esquema teórico cuya construcción aclara el principio de organización.

En lo que sigue se tratará de presentar un tal esquema teórico. Designaremos por *L = Legislativo, E = Ejecutivo* (es decir, Gobierno y Admi-

nistración juntos o uno de ambos; Gobierno, por su parte, puede significar el Jefe del Estado —Rey o Presidente de la República— o el Gabinete) y *J* = *Justicia.*

Consecuencias teóricas de una rigurosa separación

1. Influencia nula de E sobre L

(Gobierno frente a Parlamento)

a) *Ningún derecho de convocatoria del Gobierno.*

Art. 24, C. a.: «El Reichstag se reúne cada año el primer miércoles de noviembre en el lugar de residencia del Gobierno del Reich. El Presidente del Reichstag tiene que convocarlo antes, si se lo piden el Presidente del Reich o un tercio al menos de los miembros del Reichstag.» Aquí, pues, se da un derecho mediato de convocatoria del Presidente del Reich, pero no del Gobierno del Reich como tal. Según la Constitución federal de los Estados Unidos, de 1787, el Presidente tiene sólo en casos extraordinarios un derecho de convocatoria. Igualmente el Ejecutivo, según la Constitución francesa del año III (1795, Constitución directorial). Según los arts. 1 y 2 de la Ley constitucional francesa de 16 de julio de 1875, el Presidente de la República tiene derecho de convocatoria de las Cámaras.

b) *Ninguna iniciativa de Ley del Gobierno.*

Así, la Constitución federal de los Estados Unidos; el proyecto de ley es sometido al Presidente, que lo firma o le opone observaciones.

En contrario, el art. 68, C. a., según el cual, el Gobierno del Reich acuerda y presenta los proyectos de ley; junto a esto, hay un derecho de iniciativa del Reichstag.

c) *Ninguna aprobación en común de la ley.*

En contrario, en la Monarquía constitucional alemana, p. ej., el art. 62 de la Constitución prusiana de 30 de enero de 1850, según el cual las leyes surgen mediante una resolución acorde del Rey y de ambas Cámaras.

Singularidades en la Constitución federal de los Estados Unidos: los reparos del Presidente contra el proyecto de ley sólo pueden ser desvirtuados con una mayoría de dos tercios de la Cámara de donde ha surgido el proyecto de ley; comp. antes *b).*

d) *Ningunas leyes de autorización, y ninguna delegación de la competencia legislativa.*

Comp. Constitución del año III (1795, Constitución directorial), título V, 45: En ningún caso puede la corporación legislativa delegar sus funciones en uno o varios de sus miembros o en cualquier otra persona. En contrario, la práctica del derecho público alemán, que conoce numerosas leyes de autorización con delegaciones frecuentemente ilimitadas (comp. sobre esto H. Triepel, Disertaciones de la 32.ª Dieta alemana de juristas, 1921, pág. 16, y Poetzsch, en el mismo sitio, págs. 42 y sigs.; H. Triepel, *Decreto de balances oro y acciones preferentes,* 1924, págs. 7 y sigs.).

e) *Ningún veto del Ejecutivo.*

La Constitución de Weimar no conoce vetos del Presidente del Reich o del Gobierno del Reich: por el contrario, otras posibilidades de influencia (comp. después *f).*

Ejemplo de un veto suspensivo del Rey: Constitución francesa de 1791.

f) *Ningún acuerdo de referéndum adoptado por E frente a una resolución de L.*

En contrario: art. 73, 1, C. a.: «Una ley votada por el Richstag habrá de someterse al referéndum antes de su promulgación cuando el Presidente del Reich lo acuerde así en el plazo de un mes.»

g) *Ninguna expedición ni promulgación de la Ley por E.*

En contrario: las Constituciones de la Monarquía constitucional y el art. 7 de la Ley constitucional francesa de 16 de julio de 1875 (el Presidente de la República promulga las leyes); además, el art. 70, C. a.: «El Presidente del Reich expedirá y publicará en la *Gaceta del Reich,* en el plazo de un mes, las leyes constitucionalmente aprobadas.»

h) *Ninguna disolución del cuerpo legislativo por E.*

En contrario: las Constituciones de la Monarquía constitucional, y art. 5 de la Ley constitucional francesa de 25 de febrero (ineficaz desde 1877), y el art. 25, C. a.: «El Presidente del Reich puede disolver el Reichstag, si bien sólo una vez por la misma causa.»

i) *Ningún derecho de gracia de E.*

Acerca de que el derecho de gracia del Rey sea una violación del principio de la división de poderes y una injerencia en el Legislativo, Redslob, *Staatstheorien,* pág. 347.

En contrario: las Constituciones de la Monarquía constitucional, art. 3 de la Ley constitucional francesa de 25 de febrero de 1875, y el art. 49, C. a.: «El Presidente del Reich ejerce, para el Reich, el derecho de gracia.»

k) *Inviolabilidad e inmunidad de los diputados frente a los Tribunales y otras autoridades.*

Así, casi todas las Constituciones modernas. Art. 36, C. a.: «Ningún miembro del Reichstag o de un Landtag puede ser perseguido judicial o disciplinariamente, en ningún tiempo, por sus votos o por las manifestaciones hechas en el ejercicio de su cargo, ni ser sometido a responsabilidad de alguna otra manera fuera de la Asamblea.» Además, el art. 37, C. a.: «Ningún miembro del Reichstag o de un Landtag puede ser perseguido ni detenido durante el período de sesiones, sin consentimiento de la Cámara a que pertenezca, por razón de una conducta punible, a menos que el diputado haya sido detenido *in fraganti* o, a lo sumo, en el curso del día siguiente.

Igual consentimiento se exige para cualquier otra limitación de la libertad personal que entorpezca el ejercicio del cargo de diputado.

Todo procedimiento criminal contra un miembro del Reichstag o de su Landtag, y toda prisión o limitación de su libertad personal, se suspenderá por la duración del período de sesiones a requerimiento de la Cámara a que pertenezca el diputado.»

Aún otros privilegios de los miembros de las corporaciones legislativas se justifican con argumentos de la distinción de poderes; así, la liberación de los diputados respecto del servicio militar, y el derecho del Parlamento a hacer regresar del frente a los Diputados durante una guerra; comp. sobre esto el informe acerca de la proposición de ley Accambray, en el libro de Léon Accambray: *Qu'est ce que la République?,* París, 1924, pág. 356, con la interesante cita de Josef Barthélemy: «si los parlamentarios pueden ser movilizados, entonces el Parlamento no puede celebrar sesiones; pero si el Parlamento puede celebrar sesiones, entonces los parlamentarios no pueden ser movilizados»; la referencia a la separación de poderes, ya en la Convención de 1793, ob. cit., página 358. La tanto tiempo esperada regulación se contiene en un proyecto de ley sobre organización de la Nación en tiempo de guerra de 1927: los miembros del Go-

bierno, a quienes compete la dirección de la guerra, y los miembros del Parlamento, expresión de la soberanía nacional, en la guerra como en la paz, permanecen en sus funciones llegado caso de movilización; pero pueden, si lo desean, acudir a su división.

l) *Riguroso establecimiento de incompatibilidades.*

Corresponde de modo especial al pensamiento francés el derivar de la separación de poderes toda la teoría de la incompatibilidad (así, Pierre: *Droit politique électoral et parlamentaire,* I, pág. 316); claramente ya, en la Constitución del año 1791 (título III, cap. I, sec. III, art. 4.°, 5). También la amplia incompatibilidad entre el puesto de un funcionario público y el de un Diputado, que todavía hoy es derecho vigente en Francia, se suele fundamentar de la misma manera. El art. 21, sec. II, de la Constitución imperial alemana correspondiente con el art. 7.°, sec. III, de la Constitución prusiana de 1850: «Si un miembro del Reichstag acepta un empleo retribuido del Reich o de uno de los Estados, o entra al servicio oficial de aquél o de uno de éstos, en un empleo ligado con alto rango, o sueldo elevado, pierde asiento y voto en el Reichstag, y no puede recuperar su puesto en el mismo sino mediante reelección.» En lo demás, otras incompatibilidades son ajenas al Derecho político alemán («excluir de la representación popular al funcionario, no es propio, al menos, de las circunstancias alemanas», G. Waitz: *Grundzüge der Politik,* 1862, pág. 65). En los Parlamentos tenían asiento funcionarios (¡los Consejeros territoriales prusianos en el Landtag!), a cuya cooperación no se quería renunciar de buena gana; el principio de la distinción de poderes era, con frecuencia, desconocido (comp. la observación, que no sospecha la existencia del problema, en la disertación monográfica, única sobre tan importante cuestión en la literatura jurídico-política alemana hasta 1927, en el escrito de W. Clauss: *Der Staatsbeamte als Abgeordneter,* Karlsruhe, cuad. IX de las *Freiburger Abhandlungen,* pág. 5). La única manifestación sistemática hasta ahora, en la literatura jurídico-política alemana, se encuentra en E. Kaufmann: *Bismarcks Erbe in der Reichsverfassung,* pág. 72. El caso de una incompatibilidad auténtica en la Constitución imperial de 1871 resultaba de la estructura federal del Imperio; según el art. 9.°, 2, a. C. a., «nadie podía ser al mismo tiempo miembro del Consejo federal y del Reichstag». Se explica sólo como resultado de la larga lucha contra ese art. 9.°, a. C. a., que no exista en la Constitución de Weimar incompatibilidad entre la condición de miembro del Reichstag y del Reichsrat, mientras que en Prusia se prescribe la incompatibilidad para el Landtag y el Staatsrat (art. 33, 2, de la Constitución de 1920). El art. 44, C. a., contiene una incompatibilidad, muy importante en cuanto a los principios, surgida del de la distinción de poderes: «El Presidente del Reich no puede ser, al mismo tiempo, miembro del Reichstag.» Otras incompatibilidades del Derecho político vigente: § 123 del ordenamiento administrativo del Reich de 31 de diciembre de 1922, *Gac.,* II, 1923, pág. 17 (incompatibilidad entre la condición de miembro del Reichstag y del Tribunal de Cuentas), y en § 12, 1, de la reglamentación de la Sociedad de Ferrocarriles alemanes, complementaria del § 1, 2, de la ley sobre la Sociedad de Ferrocarriles alemanes de 30 de agosto de 1924 *(Gac.,* II, pág. 281): «Los miembros del Consejo de Administración (de la Sociedad de Ferrocarriles del Reich) serán conocedores experimentados de la vida económica, o técnicos de ferrocarriles. No pueden ser miembros del Reichstag, de un Landtag, del Gobierno del Reich, o del de un País.»

Otras incompatibilidades basadas en diversidades orgánicas y estructurales son ajenas al Derecho político alemán, en particular la incompatibilidad del cargo de clérigo con el de Diputado, a consecuencia de la diversidad entre Estado e Iglesia. Sobre esto, las explicaciones de Tocqueville: *La Démocratie en Amerique,* I, pág. 358, que ve en esta incompatibilidad una garantía de la Democracia en América. Sobre las llamadas incompatibilidades *económicas,* abajo, § 19, II, 2, pág. 248. En la importante

cuestión de la incompatibilidad entre Diputados y funcionarios, ha de observarse un significativo cambio del sentido de la misma, que expuso Werner Weber en la notable disertación sobre incompatibilidad, sostenida en Bonn, 1928. La finalidad primitiva era la independencia del Diputado (por eso, se trata aquí la incompatibilidad al hablar de la separación de E y L); hoy, bajo el dominio de las mayorías, entra en vigor el sentido opuesto: protección de la integridad moral y material de los funcionarios contra el influjo y servidumbre de partidos políticos.

2. Influencia nula de L en E

(Parlamento frente a Gobierno o Administración)

a) *Prohibición general de la adopción por L de actos del Ejecutivo.*

Tal se encuentra en el art. 46, título V de la Constitución directorial del año III (1795). Hoy ya no se pronuncia semejante prohibición general, a causa del derecho del Parlamento a aprobar el presupuesto y su derecho a ejercer el control parlamentario.

b) *Ninguna elección del Jefe del Estado, o del Gobierno, por L.*

En contrario: art. 2.º de la Ley constitucional francesa de 24 de febrero de 1875, según la cual el Presidente de la República es elegido por una «Asamblea nacional», cuerpo compuesto por las dos Cámaras (Senado y Cámara de los Diputados) en común. En contrario también, art. 45 de la Constitución prusiana de 1920: El Landtag elige sin debate previo al Presidente del Consejo; éste nombra a los demás Ministros (siendo aquí Jefe del Estado el Ministerio). La Constitución de Weimar, en cambio, aplica con rigor el principio de la separación (según el modelo de la Constitución federal de los Estados Unidos): art. 41, 1: «El Presidente del Reich es elegido por todo el pueblo alemán.» Art. 53, C. a.: «El Canciller y, a su propuesta, los Ministros, son nombrados y separados por el Presidente del Reich.» Comp., sin embargo, en *d).*

c) *Ningún derecho de acusación y ninguna facultad de enjuiciar, de L frente a E.*

En contrario, el sistema de la acusación del Presidente y los Ministros por la Cámara de Diputados, con facultad de fallar atribuida a la otra Cámara (Cámara Alta) como a un Tribunal de justicia política; así, el art. 9.º de la Ley constitucional francesa de 24 de febrero de 1875 (arriba, § 12, II, 5, *b*, pág. 145.)

La Constitución de Weimar se ha atenido al punto de vista de la separación, por cuanto que juzga de las acusaciones sostenidas por el Reichstag un Tribunal especial de justicia política del Reich alemán, art. 59, C. a. (arriba, pág. 145).

d) *Ninguna dependencia del Gobierno respecto de la confianza del Parlamento (ningún voto de desconfianza).*

Así, la Constitución federal de los Estados Unidos de América de 1787, la Constitución francesa de 1791 y las Constituciones de la Monarquía constitucional alemana.

En contrario, art. 54, C. a.: «El Canciller y los Ministros necesitan de la confianza del Reichstag para el ejercicio de su cargo. Cuando el Reichstag retire a uno de ellos, por acuerdo expreso, su confianza, tendrá que dimitir.»

e) *Ninguna propuesta de L para la deposición del Jefe del Estado mediante votación popular.*

En contrario, el art. 43, C. a.: «Antes de que expire el plazo (de duración de siete años de ejercicio del cargo), puede ser depuesto el Presidente del Reich, a propuesta

del Reichstag, mediante votación popular. El acuerdo del Reichstag requiere mayoría de dos tercios. Una vez adoptado, no podrá el Presidente del Reich seguir ejerciendo su cargo. Si la propuesta de deposición es rechazada por el voto popular, esto equivale a una nueva elección, y comporta la disolución del Reichstag.»

f) *Ninguna necesidad de la anuencia de L para perseguir criminalmente al Jefe del Estado.*

En contrario, art. 43, 3: «El Presidente del Reich no puede ser criminalmente perseguido sin anuencia del Reichstag.»

g) Las intervenciones, muy fuertes, pero mediatas, que L realiza en E, por medio del *derecho* del Parlamento *a aprobar el presupuesto,* no serán consideradas como violación del principio de la división de poderes en tanto que el Parlamento se limite al simple control presupuestario, y se abstenga de dirigir órdenes y practicar injerencias directas.

3. Influencia nula de E en J

(Gobierno y Administración frente a Justicia)

A esta separación de E y J sirven las garantías de la *independencia judicial,* sobre todo la inamovilidad de función y destino. Art. 102, C. a.: «Los jueces son independientes y sólo están sometidos a la ley.» Art. 104, C. a.: «Los jueces de la jurisdicción ordinaria son nombrados de por vida. No podrán ser privados contra su voluntad, temporal o definitivamente, de su cargo, ni trasladados a otro puesto o jubilados, sino en virtud de sentencia judicial y por las razones y bajo las formas que las leyes determinen.» Estas prescripciones de la Constitución de Weimar se mantienen por completo en el marco de la garantía de esa separación, que es típica del Estado de Derecho. La organización de una *justicia administrativa* especial se basa en la necesidad de una separación entre E y J; comp. 4, *a).*

4. Influencia nula de J en E

(Justicia frente a Administración)

a) *Institución de Tribunales administrativos especiales.*

Aquí hay una recusación del control de los Tribunales ordinarios sobre la Administración del Estado, y, por tanto, la recusación del Estado de Justicia puro; arriba, § 12, II, pág. 142.

b) *Institución de Tribunales especiales para fallar los conflictos de competencia.*

El § 17 de la Ley alemana de organización de los Tribunales: La legislación de los Países puede transferir a autoridades especiales la decisión de los conflictos de competencia entre los Tribunales y las autoridades administrativas o Tribunales administrativos.

c) *En el caso de procedimiento penal o reclamación civil contra funcionarios,* planteamiento del llamado *conflicto.*

Mediante el conflicto, la autoridad administrativa avoca el procedimiento de los Tribunales ordinarios y tiene lugar una decisión, o, al menos, una decisión preparato-

ria (para la cuestión de si se han sobrepasado las atribuciones del cargo) de una autoridad administrativa o de un Tribunal administrativo; en Prusia, suprimido por la ley de 16 de noviembre de 1920 (*Colección Legislativa*, 1921, pág. 65).

5. Influencia nula de
L en J

(Parlamento frente a Jurisdicción)

a) *Garantía constitucional de la independencia judicial.* (Comp. arriba, 3.)

b) *Concepto de Ley propio del Estado de Derecho.*

Ilicitud de mandatos concretos y de justicia parlamentaria (arriba, § 13, pág. 161).

c) *Ningunas facultades judiciales para las Comisiones parlamentarias de investigación.*

Artículo 19 de la Constitución de Dantzig de 1920: «Las Comisiones de investigación no pueden inmiscuirse en procedimientos judiciales o disciplinarios pendientes.»

La Constitución de Weimar no contiene ninguna de tales garantías de la separación de L y J. Art. 34, C. a.: «El Reichstag tiene el derecho, y a requerimiento de una quinta parte de sus miembros, el deber de nombrar Comisiones de investigación. Estas Comisiones recibirán en sesión pública las pruebas que tengan por necesarias ellas o los proponentes de la investigación...» «Los Tribunales y autoridades administrativas están obligados a prestar su concurso a estas Comisiones para la obtención de pruebas; los documentos oficiales habrán de serles facilitados a petición. Son aplicables a las actuaciones de las Comisiones y de las autoridades requeridas por ellas, las prescripciones del Código de procedimiento criminal, quedando intacto el secreto de la correspondencia postal, telegráfica y telefónica.»

No ha de considerarse todavía como violación de la independencia de la justicia el que el mismo hecho sea objeto de investigación al mismo tiempo por autoridades judiciales y por una de dichas Comisiones parlamentarias de investigación (junto a la del Reichstag, puede, acaso, haber también una de un Landtag), a pesar del riesgo del material de prueba que eso lleva consigo; sobre este punto, E. Jacobi, *Verhandlungen des 34. Deutscher Juristentages,* 1926, págs. 69 y sigs.

d) *Ningunas facultades judiciales a favor de una Cámara legislativa.*

En contrario, las prescripciones legal-constitucionales que prevén que la Cámara alta o el Senado será Tribunal de Justicia para las acusaciones de Ministros o delitos políticos (arriba, 2, *c).*

Tocqueville, ob. cit., lib. 1, cap. 7, ve en tal *jugement politique* una «confusión de poderes» que, sin embargo, es lícita, por cuanto que esta especie de justicia no puede afectar a cualquier ciudadano, sino sólo al funcionario público.

6. Influencia nula de
J en L

(Justicia frente a Parlamento)

Una aplicación del principio de la separación llevaría en este caso a que los Tribunales no tuvieran competencia ninguna para comprobar las leyes; ejemplo: Constitución francesa de 1791, título III, cap. V, art. 3: Los Tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, ni suspender la aplicación de las leyes; igualmente,

la Constitución de 1795. Además, la Constitución federal austríaca de 1 de octubre de 1920, art. 89: «No compete a los Tribunales la comprobación de la validez de las leyes debidamente hechas.» Las leyes ordinarias acordadas por el Parlamento no pueden, según esto, ser sometidas a comprobación acerca de su coincidencia con las prescripciones de la Ley constitucional; ni las leyes acordadas dentro del procedimiento de revisión de reforma de la Constitución, acerca de los límites de la facultad de revisión (arriba, § 11, II, pág. 118). Este derecho de comprobación judicial es negado por los juristas franceses, que se remiten al principio de la división de poderes, basando su opinión en que el ejercicio del derecho supone una injerencia de J en L; así, Esmein-Nézard, I, págs. 563, 589 y sigs.; además, Redslob, *Staatstheorien,* págs. 316 y sigs., pero también, p. ej., Kahl en la Comisión de Constitución de la Asamblea nacional de Weimar, pág. 485. Frente a esto, se justifica la práctica americana de la comprobación judicial de la constitucionalidad de las leyes en el hecho de que no implica una injerencia en la legislación, porque el juez no suprime la ley que entiende es inconstitucional, sino que tan sólo recusa la aplicación para el caso particular que tiene presente. Esta justificación no vulnera los principios de la organización del Estado de Derecho en tanto que no hay una *injerencia* del juez en la legislación cuando niega aplicación por cualesquiera razones a una ley formalmente admisible, sino sólo un control y «freno».

La práctica jurídica alemana ha afirmado, desde la célebre sentencia del Tribunal del Reich de 4 de noviembre de 1925 *(RGZ.,* t. 111, pág. 322), el derecho de comprobación judicial, con arreglo a lo aceptado ya antes por otros Tribunales supremos (comp. Giese, pág. 210; además, Tribunal de empleos del Reich, 21 de octubre de 1924, tomo IV, pág. 168; 30 de julio de 1925, t. V, pág. 95). Estas sentencias se amparan en la consideración de que el juez no puede aplicar una ley que contradice «a la Constitución», porque tiene vicio de invalidez material; una ley ordinaria no puede aplicarse por encima de «la Constitución». El Tribunal del Reich dice en la sentencia, *Gac. del Tribunal del Reich,* 111, pág. 322: el que el juez esté sometido a la ley o a algunas de sus prescripciones que se encuentren en contradicción con otras prescripciones que tengan precedencia sobre ellas y que el juez haya de observar. Tal es el caso, cuando una ley contradice un postulado jurídico contenido en la Constitución del Reich, si para su aprobación no se han guardado los requisitos prescritos para una revisión constitucional en el art. 76, C. a.» Y sigue la interesante frase: «Como la Constitución del Reich no contiene ninguna prescripción que prive al juez de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes del Reich y transfiera a otro órgano cualquiera esta facultad, hay que reconocer al juez el derecho y el deber de comprobar la constitucionalidad de las leyes del Reich.» Tal fundamentación esquiva la dificultad verdadera. Del hecho de que la Ley constitucional no atribuya la comprobación a ningún otro órgano, en modo alguno se deduce que los Tribunales son quienes tienen un tal derecho de comprobación y deciden en los casos dudosos. La cuestión es: ¿quién decide? Y la fundamentación dada por el Tribunal del Reich no contesta. Puede decirse que todo órgano del Estado ha adoptado para sí esa comprobación y que, cuando dentro de una jurisdicción se realiza con la forma normal un acto del Estado, sólo por excepción puede aceptarse la nulidad del acto defectuoso, y sólo por excepción puede hacerla valer, sea una autoridad, sea un individuo. En conexión con este problema, ha hecho indicaciones acertadas W. Jellinek. No basta, pues, con acentuar la antijuridicidad material de una ley inconstitucional. Suele tratarse con tales leyes formalmente correctas de casos en que la inconstitucionalidad resulte dudosa; una violación manifiesta del texto claro de una prescripción de la Ley constitucional apenas si osaría realizarla una simple mayoría del Reichstag. Pero tratándose de la decisión de casos dudosos, cambia todo el problema, y ya no puede resolverse haciendo pasar

por no válidas las leyes dudosamente «inconstitucionales»; pues la cuestión no es si las leyes inconstitucionales son inválidas —lo que resulta evidente—, sino que se pregunta quién decide la duda acerca de la constitucionalidad o no constitucionalidad de una ley; quién es competente para adoptar esa peculiar decisión, y si la autoridad competente para hacer las leyes decide la duda en el marco de su competencia, como hace en general toda autoridad, o si son competentes los Tribunales para decidir tal duda. Esta cuestión no se resuelve diciendo que, por no fijar la Constitución ningún otro órgano, son competentes los Tribunales. A pesar de todo, tendría yo que afirmar la competencia judicial de comprobación de la constitucionalidad de leyes ordinarias, porque a pesar de todo deja garantizado el principio de la distinción de poderes. No se da ninguna *intervención* de la Justicia en el Legislativo. La Justicia no está en iguales condiciones que las otras actividades del Estado para «intervenir e injerirse». Está ligada a la Ley, e incluso cuando decide sobre la validez de una ley, se mantiene dentro de la pura normatividad; frena, pero no manda. No es un «poder» como los otros poderes; eso significa lo que Montesquieu dice, de que es *en quelque façon nulle.*

Primer Ejemplo
ESQUEMA DE UN *CONTRAPESO* DE L Y E

Influencia recíproca,
Peso y contrapeso.

Legislativo	y	*Ejecutivo*
		Iniciativa de Ley de E. frente a L. (exclusiva o concurrente, artículo 68, C. a.)
Aprobación de la Ley por L. Artículo 68, 2, C. a.		
		Introducción de un plebiscito por E. contra un acuerdo de L. (Artículo 73, C. a.)
Voto de desconfianza de L. contra E. (Canciller y Ministros.) Art. 54, C. a.		
		Disolución de L. por E. (Presidente del Reich.) Art. 25, C. a.
Propuesta de destitución formulada por L. contra E. (Presidente del Reich.) Art. 43, 2, C. a.		
Acusación de Ministro y Presidente por L. Art. 59, C. a.		

El Pueblo

tiene el equilibrio y decide.

Por esta razón, no vería yo en la comprobación judicial de la validez de leyes una vulneración del principio de la distinción de poderes propio del Estado de Derecho, ya que falta una «injerencia» en sentido específico (para esta cuestión, sobre todo, el antes —arriba, pág. 147— citado libro de F. Morstein Marx, *Variationen über rirchterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmässigkeit des Gesetzes,* Berlín, 1927).

2. El esquema de un contrapeso de los poderes distinguidos o, incluso, separados conduce a intervenciones e influencias recíprocas, con las cuales se llega a compensar las facultades contrapuestas y a llevarlas a un equilibrio. Todo robustecimiento de una parte ha de contrapesarse por la otra, y, así, no se romperá el equilibrio por ninguna de las dos partes. En el actual Estado de Derecho se procura con este sistema compensar el predominio de los cuerpos legislativos, del Parlamento. Pues, a consecuencia del imperio de la Ley, el Cuerpo legislativo, aun garantizado el concepto de Ley típico del Estado de Derecho, tiene un natural predominio. Cooperan todavía a ello la dependencia del Gobierno respecto de la confianza del Parlamento y las facultades presupuestarias de éste, de modo que tal predominio puede convertirse fácilmente en un absolutismo sin freno ni control. Para impedirlo, una construcción del parlamentarismo «auténtico» trata de poner

SEGUNDO EJEMPLO

ESQUEMA DE UN *CONTRAPESO* (POR *DIVISION*) *DENTRO DE L*

Legislativo.

Reichstag	y	*Reichsrat*
		Derecho de iniciativa. Art. 69, C. a.
Aprobación de la Ley. Art. 68, 2, C. a.		
		Derecho a la anuencia para llevar nuevos gastos al presupuesto. Artículo 85, 4, C. a.
		Veto. Art. 74, C. a.
Acuerdo de una mayoría de dos tercios frente al veto. Art. 74, C. a.		
		Derecho a ordenar un referéndum en caso de reformas de la Constitución. Art. 74, C. a.

Presidente del Reich y Pueblo

tienen el equilibrio y deciden.

TERCER EJEMPLO

ESQUEMA DE UN *CONTRAPESO* POR *DIVISION* EN EL SENO DE E

Ejecutivo (Gobierno).

Presidente del Reich y	*Gobierno del Reich*
(Arts. 52 y sigs., C. a.)	
1. Arts. 41 y sigs. C. a. (Competencias políticamente importantes del Presidente, como representación internacional, nombramientos de funcionarios, alto mando, medidas del estado de excepción, concesión de la gracia.)	
2. Facultades de gobierno frente a L. (Disolución, art. 25, introducción del referéndum, art. 73.)	Todas las demás facultades y competencias de Gobierno.
3. No dependencia de la confianza de L.	Dependencia de la confianza de L. Art. 54.
Nombramiento y despido del Canciller y los Ministros. Art. 53, C. a.	
	Exigencia general del refrendo del Canciller o Ministros para todos los actos oficiales del Presidente. Art. 50, C. a.

en equilibrio la relación de Parlamento y Gobierno. Tales construcciones de equilibrio son de especial significación para la Constitución de Weimar, porque su organización del Ejecutivo se basa en pensamientos semejantes (abajo, § 24, pág. 294).

III. Los esquemas presentados en II tienden tan sólo a esclarecer un boceto abstracto y general. Cada Constitución de un Estado concreto ha de acompasarse a las condiciones políticas, como el plano abstracto de un edificio a la situación del terreno y a otros datos naturales y efectivos. La finalidad de presentar el esquema ideal estriba en esclarecer el principio de organización del elemento de Estado de Derecho que concurre en toda Constitución liberal-burguesa. Se entenderá mejor la regulación orgánica de una Constitución del Estado de Derecho comprobando tanto las coincidencias como las discrepancias, frente al esquema.

No se hace, pues, ningún reparo contra tales esquemas cuando se cita con Kant la opinión humorística de Swift: hay constructores de Constituciones que compensan

tan cuidadosamente la organización del Estado como un arquitecto que compensará una casa de tal manera que un gorrión posado en ella bastará a romper el equilibrio y derribar el edificio.

El principio orgánico de la distinción de poderes es esencial a una Constitución del Estado de Derecho, y se ha suscitado con acierto la cuestión de si ese principio debe quedar también, a causa de su significación fundamental, por encima de toda reforma y revisión de la Constitución. Desde el punto de vista del Estado de Derecho habría que contestar afirmativamente; comp. E. Lambert, ob. cit., págs. 120 y sigs. Pero ahí se desconoce que la Constitución de un pueblo con existencia política no puede consistir tan sólo en principios del Estado de Derecho, pues éstos más bien forman un elemento moderador de la Constitución, añadido a los principios políticos (abajo, § 16, pág. 201).

§ 16

ESTADO BURGUES DE DERECHO Y FORMA POLITICA

I. *La Constitución del moderno Estado burgués de Derecho es siempre una Constitución mixta.*

1. El elemento propio del Estado de Derecho, con los dos principios: derechos fundamentales (como principio de la participación) y división de poderes (como principio orgánico), no implica, considerado en sí mismo, *forma* de gobierno alguna, sino sólo una serie de límites y controles del Estado, un sistema de garantías de la libertad burguesa y de la relativización del poder del Estado. El Estado mismo, que debe ser controlado, se da supuesto en este sistema. Los principios de la libertad burguesa pueden, sí, modificar y templar un Estado, pero no dan lugar por sí mismos a una forma política. «La libertad no constituye nada», como dijo con acierto Mazzini. De aquí se sigue que en toda Constitución hay un segundo elemento, de principios *político*-formales, unido y mezclado con el elemento del Estado de Derecho.

Según una división muy tradicional, hay que distinguir tres formas de gobierno: Monarquía, Aristocracia y Democracia. Podemos aceptar aquí provisionalmente esta división; más adelante (II) se discutirá el criterio esencial de diferenciación de los principios de la forma política. Pero los principios de la libertad burguesa cambian la posición y significado de los elementos político-formales y hacen de las formas políticas *(Staats-Formen)* simples formas de la *Legislación* o del *Ejecutivo (Regierungs-Formen)*. El concepto del Ejecutivo *(o Gobierno)* se relativiza y limita a su vez en un sistema de divisiones y controles a consecuencia del rango preferente de la ley y de la independencia de la Justicia. Con ayuda de los principios de la libertad burguesa puede ser *limitado* cualquier Estado en el ejercicio del

poder estatal, prescindiendo de cuál sea su forma de gobierno o del Ejecutivo. La introducción de estos principios transforma toda Monarquía en una Monarquía constitucionalmente limitada, es decir, en la llamada Monarquía *constitucional,* en que ya no es definitivo lo monárquico, sino lo constitucional. De igual manera, se cambia el principio político de la Democracia y se hace de un Estado democrático puro una Democracia *constitucional.* Los principios de la libertad burguesa pueden, pues, conciliarse con cualquier forma de gobierno, en tanto que sean reconocidas las limitaciones jurídico-políticas del poder del Estado y el Estado no sea «absoluto».

Todos los teóricos del Estado del liberalismo burgués acentúan por eso que todo poder estatal tiene que ser limitado. Cuando dan por buena una soberanía, intentan poner el concepto desviador de una «soberanía de la Constitución» (es decir, de los principios del Estado de Derecho) o, en abstracto, una «soberanía de la razón y la justicia» en el lugar de una soberanía política con existencia concreta (arriba, § 1, II, pág. 33). Se acentúa siempre que, en particular la soberanía del *pueblo,* tiene sus límites, y que tampoco en la Democracia pueden vulnerarse los principios de los derechos fundamentales y de la división de poderes. No sólo Kant en especulaciones de Teoría del Estado, sino, sobre todo, los directores del liberalismo burgués en su época clásica, en el siglo XIX. «El pueblo no tiene el derecho de castigar a un inocente... y no puede delegar en nadie ese derecho. El pueblo no tiene derecho a violar la libre manifestación del pensamiento, o la libertad de conciencia, o el procedimiento ni los institutos de protección de la justicia», dice Benjamín Constant (sobre la soberanía del pueblo, *Œuvres politiques,* ed. 1874, pág. 13). Guizot llama caos y anarquía a la Democracia aplicada con todas sus consecuencias. Tocqueville compulsa en un célebre capítulo de su libro sobre la Democracia en América (t. II, parte II, cap. 6), bajo el epígrafe: «Qué especie de despotismo han de tener los pueblos democráticos», los peligros de la «tiranía igualitaria». J. St. Mill, *On liberty* (1849), cap. II («Sobre la libertad de pensamiento y discusión»), dice: «Pero yo impugno el derecho del pueblo a ejercer una tal coacción (contra la libertad de manifestación del pensamiento), sea por propio acuerdo (del pueblo), sea por su Gobierno. En este asunto no tiene el mejor Gobierno más derechos que el peor.» El escrito de Mill es especialmente característico porque, bajo la impresión del año 1848, muestra el contraste entre los principios liberales y los democráticos, contraste cuya conciencia se ha hecho aún más fuerte por la vinculación de Socialismo y Democracia. Hoy podría reconocerse la diferencia de esos dos principios. Sobre esto, Carl Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus,* 1926, pág. 21; F. Tönnies, *Demokratie und Parlamentarismus,* en el Anuario de Schmoller, t. 51 (1927), págs. 173 y sigs.; el mismo, en la Dieta de sociólogos alemanes, 1926, pág. 35: «Propiedad privada y división de poderes son principios liberales, y no democráticos.» A este orden de consideraciones pertenece también la protesta de profesores alemanes de Derecho, como H. Triepel y J. Goldschmidt, contra el abuso de la facultad legislativa y del absolutismo de los acuerdos mayoritarios (arriba, § 13, I, 3, pág. 152). Incluso en los Estados Unidos, cuya Constitución está conscientemente edificada sobre el contraste entre Estado de Derecho con división de poderes y Democracia, pero cuya ideología política hablaba hasta ahora de «Democracia» de un modo tan optimista y tan sin problemas, porque no necesitaba hacerse cuestión prácticamente del contraste fundamental, se reconoce hoy la distinción —comp. N. Murray Butler *(La construcción del Estado americano,* ed. alemana, Berlín, 1927, página 253): «La lucha entre libertad e igualdad ha comenzado. La Historia de los siglos próximos tendrá que ser escrita bajo el signo de esa amplísima contienda.»

La Constitución del moderno Estado de Derecho puede aparecer, pues, tanto en las formas de la Monarquía como en las de la Democracia. Sólo una consecuente realización del principio político-formal obstaculiza la consecuente realización del principio del Estado de Derecho, de manera que, en tanto que es reconocido y practicado de hecho el principio liberal de la libertad burguesa, sólo hay Monarquías o Democracias moderadas, esto es, frenadas y modificadas por los principios del Estado de Derecho. La Constitución del Estado burgués de Derecho es, por lo pronto, una Constitución mixta, en el sentido de que el elemento *propio del Estado de Derecho,* independiente y completo en sí mismo, se une con elementos *político*-formales.

2. En un sentido más amplio, la moderna Constitución burguesa del Estado de Derecho es también una Constitución mixta, porque *en el seno* del segundo elemento, del elemento político, se encuentran ligados y mezclados *entre sí* distintos principios y elementos político-formales (Democracia, Monarquía, Aristocracia). Por eso, esta parte política de las modernas Constituciones corresponde a una vieja tradición, según la cual la ordenación ideal del Estado descansa siempre en una vinculación y *mixtura de los distintos principios político-formales.*

El ideal de la Constitución mixta debe ser referido a las teorías políticas de los filósofos griegos, y ha influido del modo más vigoroso a través de los escritos de Aristóteles y Polibio. Hay que considerar que la división de las formas de gobierno en Democracia, Aristocracia y Monarquía se une con la distinción entre buenas y malas Constituciones, porque cada una de las tres formas de gobierno citadas puede «degenerar», y la mejor Constitución resulta de su adecuada mezcla. Sobre esto, Richard Schmidt, *Verfassungsausbau und Weltreichsbildung,* Leipzig, 1926, págs. 23 y siguientes. Según Aristóteles, en la «Policía» están ligados dominadores y dominados. Tal es su verdadero ideal de Estado, que conduce siempre, en la aplicación concreta, a una mezcla de los elementos políticos-formales. Polibio ve en la Constitución romana, prototípica para él, la mezcla de las formas, dando virtualidad la asamblea popular (el *populus)* al elemento democrático, el Senado al aristocrático, y el magistrado al monárquico. En la doctrina política de la Edad Media es, ante todo, Santo Tomás de Aquino quien ha tenido el *status mixtus* por la mejor Constitución de la comunidad política: *Summa Theologica,* I, II, 105, 1 (sobre esto, Marcel Demongeot, *La Théorie du Régime mixte chez Saint-Thomas d'Aquin,* Thèse Aix, 1927).

El Estado de los Príncipes absolutos del siglo XVI desplazó este ideal de una Constitución mixta y puso en vigor el ideal de la Constitución pura, de modo que, históricamente considerada, la Teoría de la Constitución pura (no mixta) aparece como la Teoría del Absolutismo. Maquiavelo, que, no obstante, está por entero dentro de la tradición clásica, dice: Un Estado duradero necesita ser, o Monarquía pura, o República pura; formas de Gobierno que entre ambas vacilen, no pueden durar *(Sopra il reformar lo stato di Firenze).* Bodino es igualmente adversario de las Constituciones mixtas, pero, sobre todo, Hobbes y su seguidor Pufendorf *(de iure naturae et Gentium,* VII, 5; § 12, 13, *de republica irregulari,* § 5 en *Diss. Academicae,* 1675, páginas 93 y sigs.).

Frente a esta Teoría del Estado del Absolutismo, la Teoría del moderno Estado de Derecho comienza con la doctrina de la forma mixta de gobierno. Los adversarios de los Príncipes absolutos, los llamados *monarcómacos,* fueron sus representantes. Cal-

vino, a cuyas palabras es preciso referir muchas importantes tesis políticas de los monarcómacos, declaró en la *Institutio religionis christianae*, libro IV, c. 20, y por cierto, en una adición de la edición de 1543, § 7 (*Corpus Reformatarum*, 29, 1.105), que la mejor Constitución es una Aristocracia o una Constitución templada de Aristocracia y Policía (*vel aristocratiam, vel «temperatum» ex ipsa et politia «statum»*). Sobre Leibnitz, comp. Gierke, *Althusius*, pág. 179; sobre la doctrina del *Status mixtus*, extendida en el Imperio alemán, ahí mismo, págs. 181 y sigs.

Para el ulterior desarrollo de la Teoría del moderno Estado de Derecho, la doctrina más importante es la surgida en Inglaterra. Bolingbroke unió la doctrina de la pendulación de poderes y del «equilibrio» (v. antes, pág. 186) con teorías de la forma mixta de gobierno (*mixed government*, en contraste con *simple government*); y vio en la Constitución inglesa como realizada ya la unión ideal: el Rey inglés representa un elemento monárquico, la Cámara alta uno aristocrático y la Cámara baja uno democrático; una forma pura, no mixta, implicaría la arbitrariedad, *without control;* la Monarquía, por sí sola, sería despotismo; la Democracia, por sí sola, anarquía (*Mixed Works*, III, pág. 206). La doctrina del equilibrio de poderes y la doctrina de la forma mixta de gobierno se interpenetran aquí recíprocamente. Montesquieu acepta y modifica a su manera discreta estas ideas en una doctrina de la degeneración de las formas de gobierno; él cree que el *ideal* consiste en una mezcla de Aristocracia y Monarquía, y un Gobierno bien equilibrado (*Esprit des lois*, lib. XI y VIII). También Burke, adversario en lo demás de Bolingbroke, reputa la Constitución inglesa *mixed and tempered government*, Monarquía limitada por Cámara alta y Cámara baja (*Works*, V, página 229). En el *Federalist* (1788), cuyos puntos de vista se acomodan a la Constitución federal de los Estados Unidos, se exige también una mezcla y atemperamiento que se aplica, sobre todo, contra la Democracia pura. Por último, también Sieyès, el autor de la mayor parte de los proyectos de Constitución de la Revolución francesa, tenía tales ideas; comp. sus manifestaciones del año 1801 (en E. His, *Geschichte des neueren schweizerischen Staatsrechts*, I, 1920, pág. 353, nota 151): la base de una buena Constitución ha de ser democrática; la parte media, aristocrática, y la culminación, monárquica. Como ejemplo del pensamiento teorético-constitucional de los liberales alemanes citaremos la siguiente frase de H. W. A. v. Gagern: «Está en la naturaleza de las fuerzas, el que hayan de ejercitarse, y en la naturaleza del poder, el que trate de extenderse. Para limitar esas fuerzas y poderes en el Estado, el elemento monárquico, aristocrático y democrático, de modo que se toleren entre sí, la mente humana ha ideado, y la historia formado, el sistema de la Constitución representativa» (*Über die Verlängerung der Finanzperioden und Gesetzgebungslandtage*, 1827). Esta frase contiene, no sólo la profesión de fe política del Barón de Gagern, sino la esencia política del Estado burgués de Derecho. También F. C. Dahlmann dice en su *Política* (§ 99, pág. 83 de la 3.ª ed. de 1847): «La forma de gobierno de un gran Estado necesita para durar hallarse construida, no de elementos análogos, sino de elementos distintos»; encuentra en la Constitución inglesa una tal mixtura y división.

3. La Constitución del Estado burgués de Derecho sólo conoce, propiamente, formas del *Gobierno* y *Legislación*, por cuanto que «Gobierno» en el sentido del principio de la distinción de poderes, se diferencia, como *Ejecutivo*, del *Legislativo*. El elemento del Estado de Derecho no significa por sí mismo ni una Constitución ni una forma política propia. Por eso, no puede considerarse comprendida en él la unidad política como tal ni como un todo. En particular, el Poder constituyente queda siempre fuera de ese elemento de Estado de Derecho, y el problema del Poder constituyente no

puede resolverse ni desde el punto de vista teórico, ni desde el práctico, con los principios y conceptos de una simple situación de Estado de Derecho. Por ello suele ser, o sencillamente ignorado, u oscurecido en una mezcla de ideas liberales y democráticas, y en abstracciones tales como «soberanía de la justicia» o «soberanía de la Constitución». Frente a esto, hay que recordar que la cuestión del Poder constituyente es ineludible, y que la respuesta a esta cuestión contesta también a la cuestión de la forma política, mientras que la mezcla de formas políticas se produce porque sólo pueden distinguirse diversos «poderes» cuando se organizan con arreglo a diversos principios político-formales, el Legislativo, por ejemplo, democráticamente; el Ejecutivo, monárquicamente, etc.

II. *Los dos principios político-formales (identidad y representación).*

La diversidad de las formas políticas se basa en que hay dos principios de estructura política contrapuestos, de cuya realización ha de recibir su forma concreta toda unidad política.

1. Estado es un determinado *status* de un pueblo, y, por cierto, el *status* de la unidad política. Forma política es la manera especial de conformación de esa unidad. Sujeto de toda determinación conceptual del Estado es el pueblo. Estado es una situación, la situación de un pueblo. Pero el pueblo puede alcanzar y mantener de dos modos distintos la situación de la unidad política. Puede ser capaz de actuación política, ya en su realidad inmediata —por virtud de una homogeneidad fuerte y consciente a consecuencia de firmes fronteras naturales, o por cualesquiera otras razones—, y entonces es una unidad política como magnitud real —actual en su *identidad inmediata*— consigo misma. Este principio de la identidad del pueblo, existente en un momento dado, consigo mismo, como unidad política, se basa en que no hay ningún Estado sin pueblo, y, por ello, un pueblo ha de estar siempre realmente presente como magnitud efectiva. El principio contrapuesto parte de la idea de que la unidad política del pueblo como tal nunca puede hallarse presente en identidad real, y por ello tiene que estar siempre *representada* personalmente por hombres. Todas las distinciones de auténticas formas políticas, cualquiera que sea su especie: Monarquía, Aristocracia y Democracia; Monarquía y República; Monarquía y Democracia, etc., pueden reducirse a ese contraste decisivo entre *identidad* y *representación*. Incluso la diferencia, antes tratada (§ 8, pág. 99), de los dos sujetos del Poder constituyente —pueblo, monarca—, se mueve entre ambos principios contradictorios. Allí donde el pueblo es sujeto del Poder constituyente, la forma política del Estado se encuentra determinada en la idea de una identidad; la Nación está ahí; no necesita ni puede ser representada, pensamiento que presta su irrefutabilidad democrática a las explicaciones tan citadas de Rousseau (*Contrat social* III, 15). La Monarquía absoluta es, en realidad, representación absoluta, y se basa en el pensamiento de que la unidad política sólo puede ser realizada mediante la representación. La frase: *L'Etat c'est moi,* significa: yo solo represento la unidad

política de la Nación. En la realidad de la vida política no hay un Estado que pueda renunciar a todos los elementos estructurales del principio de la identidad, como no lo hay que pueda renunciar a todos los elementos estructurales de la representación. Incluso allí donde se intenta realizar una identidad absoluta, siguen siendo indispensables elementos y métodos de la representación, como, a la inversa, es imposible una representación sin ideas de identidad. Ambas posibilidades, identidad y representación, no se excluyen entre sí; no son más que puntos de orientación contrapuestos para la conformación concreta de la unidad política. Uno u otro predomina en cada Estado, pero ambos se encuentran en la existencia política de un pueblo.

2. Por lo pronto, no hay Estado alguno sin representación. En una Democracia directa practicada con rigor absoluto, en la que «todo el pueblo», esto es, todos los ciudadanos activos, se reúnan efectivamente en una plaza, surge quizá la impresión de que aquí se trata del pueblo mismo en su presencia e identidad inmediatas como pueblo, no pudiendo hablarse ya de una representación. «El pueblo reunido no representa al soberano, sino que lo *es él mismo*» (Kant, *Rechtslehre,* II, § 52). En realidad, se trata en el caso extremo sólo de todos los miembros adultos del pueblo, y sólo en el momento en que se encuentran reunidos como comunidad o como ejército. Pero ni siquiera todos los ciudadanos activos, tomados en conjunto, son, como suma, la unidad política del pueblo, sino que representan la unidad política situada por encima de una asamblea reunida en un espacio y por encima del momento de la asamblea. El ciudadano individual no esta presente (como siempre subraya Rousseau) en su humanidad «natural» de individuo, sino como ciudadano, como *citoyen*. Mucho más es preciso aceptar en una Democracia en que se elige o vota por medio del sufragio individual secreto, sin asamblea popular, que el individuo con derecho a voto no lo emite, según la idea inspiradora, por sí como persona privada, que el distrito electoral no representa una demarcación acotada dentro del Estado, y que (en el sistema de elección proporcional con listas) la lista de un partido no se da, con arreglo al Derecho político, para su propio beneficio, sino sólo como medio para alcanzar una representación de la unidad política, única cosa esencial. Todo diputado se considera como «representante de *todo* el pueblo», es decir, como representante en sentido público. Esta sigue siendo una nota esencial del Estado actual, si bien en la realidad práctica hace tiempo que se hizo efectiva. También en la Constitución de Weimar, artículo 21, se dice: «Los diputados son representantes de todo el pueblo.» Y lo mismo podría decirse con lógica necesaria de cada uno de los *electores*. Así, pues, el sistema de la elección democrática se basa en todos sus detalles en el pensamiento de una representación. Cuando los ciudadanos con derecho a voto no eligen un diputado, sino que acuden a un plebiscito para decidir directamente sobre un asunto, y contestan «sí» o «no» a una cuestión que se les propone, se realiza el principio de la identidad como predominante. Pero también entonces siguen actuando elementos de la representación, porque también aquí ha de fingirse que el ciudadano

individual con derecho a voto opera como *citoyen,* y no como hombre privado con intereses privados; ha de concebirse como «independiente», como «no ligado a mandatos ni encargos», y como «representante del todo», no de sus intereses privados. En ningún lugar ni en ningún momento ha existido una identidad absoluta y completa del pueblo presente consigo mismo como unidad política. Todo intento de realizar una Democracia pura o directa tiene que observar esos límites de la identidad democrática; en otro caso, Democracia directa valdría tanto como disolución de la unidad política.

No hay, pues, ningún Estado sin representación, porque no hay ningún Estado sin forma política, y a la forma le corresponde esencialmente la *representación* de la unidad política. En todo Estado ha de haber hombres que puedan decir: *L'Etat c'est nous.* Pero representación no necesita ser *creación* de la unidad política. Es posible que la unidad política se produzca mediante la representación. Esto ocurre en la medida del caso en que la forma política se aproxima a la representación absoluta. Pero los procedimientos y métodos de creación y producción de la unidad política no son todavía por sí mismos forma política. R. Smend propuso (en la antes citada disertación, § 1, I, 3, pág. 31) distinguir como formas políticas «integración» y «representación»; ve en el Parlamentarismo una «forma política en sí», porque aquí el Estado se integra continuamente y siempre de nuevo mediante la opinión pública, mediante elecciones, debates y votaciones parlamentarias. Pero toda unidad política necesita ser integrada de algún modo, porque no es un producto de la naturaleza, sino que se apoya en una decisión humana. Por eso, «integración» no es un principio específico de forma. Puede verificarse —según la situación de las cosas y la peculiaridad del pueblo— tanto por representación como por métodos y procedimientos correspondientes al pensamicnto de la identidad. Smend contrapone la integración, como forma «dinámica», a las formas «estáticas» tradicionales. No cabe desconocer la significación fundamental del concepto de integración. Sólo que integración no es una forma política, ni surge en contraste con representación. Hasta podría decirse que la representación auténtica es, en su efecto, un factor esencial del proceso de integración. Pero eso sería una consideración funcional, no formal, y mostraremos (en III) que representar no es precisamente funcionar. Acerca del Parlamentarismo como sistema especial de gobierno (no forma política), en § 24, pág. 294. El Parlamentarismo no es la forma de la integración, sino tan sólo, históricamente considerado, un cierto método de integración, que puede concretarse de dos maneras; integra *a)* sólo la burguesía liberal (propietaria e ilustrada), y *b)* ésta, sólo en el Estado monárquico existente en el siglo XIX

3. De igual manera, no hay ningún Estado sin elementos estructurales del principio de identidad. El principio formal de la representación no puede ser ejecutado nunca pura y absolutamente, es decir, ignorando al pueblo, siempre presente en alguna manera. Esto es ya imposible, porque no hay representación sin la condición de lo público, ni publicidad sin pueblo. Por lo demás, el concepto de representación puede ser captado en su singularidad política y jurídico-política, liberándolo del amontonamiento con otros conceptos, como mandato, representación, encargo de negocios, comisión, etc., porque si no, romperían su singularidad ideas de Derecho privado

y de técnica económica. En la literatura del siglo XIX es tanta la oscuridad, que sólo con grandes trabajos se puede llegar a reconocer el sentido jurídico-político en la palabra representación.

La disertación de Emil Gerber, Bonn, 1925, supone un intento de esclarecer ese concepto para la época del liberalismo anterior a marzo *(de 1848)* —época que, a causa de la lucha entre «representación» y «representación estamental» es especialmente importante y aclaratoria. Por noticia personalmente comunicada sé que el Dr. G. Leibholz proyecta una elaboración explicativa del concepto de representación. No quisiera anticiparme a su trabajo, y me contento aquí con enumerar en forma de tesis algunas distinciones indispensables para toda Teoría del Estado y de la Constitución.

III. Corresponde al *concepto de representación* lo siguiente:

1. La representación no puede tener lugar más que en la esfera de *lo público.* No hay representación ninguna que se desenvuelva en secreto y entre dos personas; ninguna representación que sea «asunto particular». Con esto, se excluyen todos los conceptos e ideas pertenecientes en esencia a la esfera de lo privado, del Derecho privado y de lo simplemente económico —por lo tanto, conceptos como gestión de negocios, cuidado y representación de intereses privados, etc. Un Parlamento tiene carácter representativo sólo en tanto que existe la creencia de que su actividad propia está en publicidad. Sesiones secretas, acuerdos y deliberaciones secretas de cualesquiera comités, podrán ser tan significativos e importantes como se quiera, pero no tendrán nunca un carácter representativo. Tan pronto como se produce el convencimiento de que en el marco de la actividad parlamentaria lo que se desenvuelve a la luz del día es sólo una formalidad vacía, y las decisiones recaen a espaldas de lo público, podrá quizá el Parlamento cumplir todavía algunas funciones útiles, pero ha dejado de ser representante de la unidad política del pueblo.

En F. C. Dahlmann, *Politik,* cap. VI, § 139 (pág. 117 de la 3.ª ed., de 1847), el concepto es todavía auténtico: «Enteramente opuesta a esta coexistencia (de los Estamentos), la Constitución representativa arranca del derecho de *lo público* y del *todo;* considera al Príncipe como cabeza de una ordenación estatal que, sin duda, se encuentra sobre él; sólo que va todavía muy por encima de la población y no tiene nada que ver con la soberanía popular. Pues una población apenas si puede tener el propósito de tomar sobre sí el gobierno para ser regida por la voluntad popular, sin echar su peso en uno de los platillos.» Uno de los pocos maestros de Derecho político del siglo XIX conscientes de la peculiaridad de *público* del concepto de representación, es Bluntschli. En su *Allgemeines Staatsrecht,* I, pág. 488, explica: «La representación en Derecho político es distinta por completo a la representación en Derecho privado. Por eso, no pueden aplicarse a aquélla los postulados fundamentales válidos para ésta.» Por el contrario, el concepto, p. ej., en Roberto Mohl se encuentra ya por entero transportado a lo privado-civil y puesto bajo el punto de mira de la gestión de negocios; así, *Staatsrecht, Völkerrecht, Politik, Monographien,* págs. 8-9: «*Repräsentation* o (!) *Vertretung*» *(es decir: las dos raíces de la palabra* representación, *que en alemán se emplean para distinguir la representación en ambas ramas del Derecho, pública y privada)* es aquella institución que permite ejercer la influencia en los negocios públi-

cos que corresponde a una parte o a la totalidad de los súbditos, por medio de un pequeño número de entre ellos, en su nombre y en cumplimiento de su deber. En parte se explicará y disculpará la confusión que la acumulación de ideas de Derecho privado y de negocios implica, por cuanto que la terminología anglosajona no gusta de las distinciones claras y agudas. Cuando se reflexiona en qué medida ha sustituido al pensamiento teorético-político la referencia al modelo inglés, no podía esperarse que los teóricos del siglo XIX distinguieran, allí donde los ingleses no habían tenido interés en la diferenciación. A esto hay que añadir todavía que los conceptos de Teoría del Estado se determinan en la lucha política sólo mediante ciertos detalles de importancia táctica, destacados por la situación de la lucha o por un interés político actual. Así pudo ocurrir que un concepto de tanto contenido y tan sistemático como el de representación, pareciera no tener para la Teoría del Estado otra cosa de particular que el hecho de que el representante no se encuentre ligado a instrucciones y mandatos de sus electores. Nadie se preocupó de lograr una aclaración sistemática de esa «independencia» y de su conexión específica con el concepto de representación.

De la literatura sociológica sólo me es conocido un trabajo, si bien muy importante, significativo para el concepto de representación: el artículo de Werner Wittich en el homenaje a la memoria de Max Weber, t. II, págs. 278 y sigs.; *Der soziale Gehalt von Goethes Roman «Wilhelm Meisters Lehrjahre»*. La palabra «representación» no aparece aquí, pero reaparece siempre de nuevo en las acertadísimas observaciones sobre «lo público», «persona pública» y «figurar». La crisis del concepto consiste en que el noble perdió su puesto representativo sin que la burguesía estuviera en condiciones de crear una representación.

2. La representación no es un fenómeno de carácter normativo, no es un procedimiento, sino algo *existencial*. Representar es hacer perceptible y actualizar un ser imperceptible mediante un ser de presencia pública. La dialéctica del concepto está en que se supone como presente lo imperceptible, al mismo tiempo que se le hace presente. Esto no es posible con cualquier especie del ser, sino que supone una particular especie del ser. Una cosa muerta, desvalorizada o desprovista de valor, una cosa inferior, no puede ser representada. Le falta la superior especie del ser, que es susceptible de una elevación al ser público, de una *existencia*. Palabras tales como grandeza, alteza, majestad, gloria, dignidad y honor, tratan de acercar con esa singularidad del ser elevado y susceptible de representación. Aquello que sirve tan sólo a cosas privadas y a intereses privados puede, es cierto, ser representado; puede encontrar sus agentes, abogados y exponentes, pero no será «representado» en un sentido específico. O es real-presente o se encuentra personificado por un comisario, encargado de negocios, o plenipotenciario. En la representación, por contra, adquiere apariencia concreta una alta especie del ser. La idea de la representación se basa en que un pueblo existente como *unidad política* tiene una alta y elevada, intensiva, especie del ser, frente a la realidad natural de cualquier grupo humano con comunidad de vida. Cuando desaparece la sensibilidad para esa singularidad de la existencia política, y los hombres prefieren otras especies de su realidad, desaparece también la posibilidad de entender un concepto como el de representación.

Así, pues, el hecho de que X actúe por medio de Y, presente, o por un millar de tales Y, no es representación. Un ejemplo histórico especialmente sencillo de representación se da cuando un Rey se hace representar ante otro por un Embajador (que es un representante personal— no por un agente que despacha negocios por sí). En el siglo XVIII se distinguió con claridad tal «representación en sentido eminente» de otros fenómenos de representación.

En el difundido Tratado de Derecho internacional de Vattel *(Droit des gens,* edición de 1758, I, pág. 42) se dice: «El carácter representativo del soberano se basa en que representa a su Nación; con esto, reúne el Monarca en su persona toda la Majestad que compete a la Nación como cuerpo unitario.» «*Telle est l'origine du Caractère représentatif que l'on attribue au Souverain. Il représente sa Nation dans toutes les affaires qu'il peut avoir comme Souverain. Ce n'est point avilir la dignité du plus grand Monarque que de lui attribuer ce caractère représentatif; au contraire, rien ne le relève avec plus d'éclat: Par-là le Monarque réunit en sa Personne toute la Majesté qui appartient au Corps entier de la Nation.*» En otro lugar (II, págs. 304-5) habla del carácter representativo de los agentes diplomáticos, de los *Ministres publiques;* lo distingue de los negociadores, de los comisionados, y define: «Lo que se llama carácter representativo por excelencia es la aptitud del Ministro para representar a su señor en lo que se refiere a su persona y dignidad.» Estas determinaciones conceptuales se hallan en el fondo de la regulación del rango de los agentes diplomáticos de 19 de mayo de 1815 (acta del Congreso de Viena, apéndice *d),* art. 2): «*Les ambassadeurs, légats ou nonces ont seuls le «caractère representatif*» (Strupp, *Documents,* I, pág. 196). Reconocen especial significación para la Teoría constitucional, ya que expresan una idea del siglo XVIII que pasó directamente al Derecho constitucional de la Revolución francesa. En esta línea histórica ha de entenderse el postulado de la primera Constitución revolucionaria de 1791: la Constitución francesa es representativa; son representantes, el cuerpo legislativo y el Rey (tít. III, art. 2, § 2), mientras que se dice de los *administrateurs* (tít. III, cap. IV, sec. II, art. 2) que no tienen *caractère de représentation.*

Sólo a base de ese significado de la representación puede entenderse también la lucha que en Alemania tuvo lugar durante el siglo XIX alrededor de la Constitución representativa. Los hombres de Estado de la Restauración monárquica captaban el sentido político del concepto e intentaron poner una representación de *intereses* estamentales en lugar de una «representación del Pueblo». De este modo se despojarían de su valor político las demandas de la burguesía liberal. En el artículo 13 del Acta federal de Viena se sustituye por eso, intencionalmente, la expresión *Constitution representative* por la expresión «Constitución estamental». La violenta controversia sobre esta diferencia sería inconcebible si no se hubiera tratado del objeto político litigioso propiamente dicho. Cuando una corporación se enfrenta como representante de todo el pueblo, con el Rey, ello conmueve el principio monárquico, pues este principio se basa en que el Rey solo y en forma absorbente representa la unidad política del pueblo. En una situación transitoria e intermedia se puede intentar poner, uno junto a otro, dos representantes de la «Nación», es decir, del pueblo políticamente unido: Rey y Parlamento. Tal es el pensamiento de la Monarquía constitucional; en eso consiste su «dualismo». La Constitución francesa de 1791 se basa en ese principio, y lo expresa con especial claridad. Las

Constituciones de la Monarquía constitucional en Alemania evitan declaraciones precisas, pero contienen el mismo dualismo. Está en la lógica democrática de tal construcción del Estado el que el Parlamento desplace, como representante *verdadero* o (según dice Rotteck, *Vernunfrecht,* II, página 237) «natural» de la unidad política al otro representante. Teorética e idealmente, estaba en ello la debilidad propia de la Monarquía constitucional. A pesar de toda la confusión existente en el uso de la palabra «representación», puede reconocerse siempre la significación política central del concepto.

La representación pertenece a la esfera de lo político, siendo, en su esencia, una cosa existencial. No puede ser comprendida mediante subsunciones bajo normas generales. La Monarquía del siglo XIX trató de sostenerse, teorética e idealmente, en el principio de la *legitimidad,* por tanto, en una base esencialmente normativa. Con ello perdía su carácter representativo. Legitimidad y representación son dos conceptos completamente distintos. La legitimidad por sí sola no presta base ni a la autoridad, ni a la *potestas,* ni a la representación. En la época de su existencia política más intensa, la Monarquía se llamó *absoluta;* esto significaba *legibus solutus:* precisamente la renuncia a la legitimidad. El intento del siglo XIX, de restaurar la Monarquía a base de la legitimidad, era sólo un intento de estabilizar jurídicamente un *status quo.* Faltando la fuerza política para formas vivas de la representación, trató de asegurarse normativamente, y transportó a la vida política conceptos que, en esencia, son de Derecho privado (posesión, propiedad, familia, derecho hereditario). Lo que aún vivía históricamente del principio formal de la Monarquía, no estaba en la legitimidad. El ejemplo de la Monarquía políticamente más fuerte, el reino de Prusia, es para esto bastante claro: una Monarquía que no es sino «legítima», está ya, por eso, política e históricamente muerta.

3. La *unidad política* es representada *como un todo.* En esa representación hay algo que va más allá de cualquier mandato y de cualquier función. Por eso, no es representante cualquier «órgano». Sólo quien *gobierna* tiene parte en la representación. El Gobierno se distingue de la Administración y de la gestión de negocios en que representa y concreta el principio espiritual de la existencia política. El Gobierno, según Lorenzo von Stein *(Verwaltungslehre,* pág. 92), lleva en sí «los principios»; actúa «en nombre de la idea del Estado». Mediante esa especie de existencia espiritual, se distingue, tanto de un comisario establecido, como, por la otra parte, de un opresor violento. Con ideas de Justicia, utilidad social y otras normatividades, no puede comprenderse el hecho de que el Gobierno de una comunidad ordenada sea cosa distinta del poder de un pirata, pues todas esas normatividades pueden también corresponder al pirata. La diferencia consiste en que todo Gobierno auténtico *representa* la unidad política de un pueblo —no al pueblo en su realidad natural.

La lucha por la representación es siempre una lucha por el poder político. En la Monarquía constitucional de Alemania el Parlamento era por eso «Representación *(Vertretung)* popular», pero no llegaba a ser representante de la unidad política del pueblo. En K. Rieker *(Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung,* Leipzig,

1893, pág. 53) se encuentra la siguiente definición para la Representación popular en los Estados monárquicos de Alemania: «Es un Colegio formado de cierta manera por los súbditos, Colegio que, en virtud de una ficción legal, es todo el pueblo, el conjunto de los súbditos.» Aquí se ignora que todo el pueblo es la unidad política, pero, en cambio, el conjunto de los súbditos en la Monarquía *no* debe ser la unidad política.

4. El representante es *independiente;* por eso, no es ni funcionario, ni agente, ni comisario. En contraste con *representante,* la Constitución francesa de 1791 dice con una frase de valor teórico general, respecto de la Administración: «Las personas a quienes se confía la Administración del Estado no tienen carácter representativo. Son agentes» (tít. III, cap. IV, sección 2, art. 2). Según el artículo 130, 1, de la Constitución de Weimar, los funcionarios son «*servidores* de la comunidad», y, por tanto, no representantes.

Ya habló Rousseau en el *Contrat social* de agentes y comisarios, que sólo tienen una comisión de negocios *(emploi),* y son simples funcionarios *(officiers),* a diferencia de un representante (lib. I, caps. 1 y 18). La diferencia era también patente para la Asamblea nacional de 1787: La dificultad estaba sólo en que era necesario unir el principio de la representación con los principios de una Constitución con distinción de poderes. Sólo la Nación, esto es, el *pueblo como un todo,* es representada. Por eso, no se pueden representar tres «poderes» dentro de la misma unidad política. Por otra parte, el titular de un «poder», de un *pouvoir,* es más y cosa distinta de un funcionario, y se dice de él que *representa* al «poder». Se aducía que podía hablarse de una representación allí donde un individuo o una corporación ejercía una voluntad por la Nación como un todo (así Barnave, *Arch. parl.,* XXIX, pág. 331), y se decía: el representante no tiene sólo una función, sino un «poder». Roederer y Robespierre (ob. cit., págs. 324-5) distinguen los *pouvoirs représentatifs* de los *pouvoirs commis;* el *pouvoir représentatif* es «*égal au pouvoir du peuple*», e independiente. También K. Loewenstein, *Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1780,* Munich, 1922, pág. 243, observa el contraste de representación y división de poderes cuando dice: «El principio representativo no es un concepto inmanente de la división de poderes como tal.» Representación es un *principio político-formal;* y la distinción de poderes, un método de utilización de principios formales opuestos en beneficio del Estado burgués de Derecho. La dificultad de vincular representación y división de poderes, sólo puede resolverse distinguiendo ambos elementos de una Constitución moderna y aislando el principio de la división de poderes respecto del elemento político de la Constitución. Los principios formales propiamente dichos significan, esencialmente como tales, *unidad,* lo contrario de división y diferenciación. En el intento de establecer un gobierno parlamentario y aplicarle, sin embargo, los métodos de división y contrapeso de poderes, se ve bien la vinculación contradictoria de ambos principios (abajo, § 24, pág. 294). Cuando el representante es tratado como un simple representante de Derecho privado, que por razones prácticas (porque sería imposible a todos los electores reunirse siempre y al mismo tiempo en un lugar), toma a su cargo los intereses de esos electores, ya no hay verdadera representación. No quisiera yo hablar (como J. Barthélemy, *Le rôle du pouvoir exécutif,* 1906, pág. 41) de semirrepresentación, sino que, en interés de la claridad científica, trataría de devolver a la palabra un sentido preciso y limitarla a representar la unidad política como tal. Una *comisión* no representa sino que es exponente sujeto a dependencia respecto de

un grupo mayor que la ha formado por razones técnicas y prácticas. El Parlamento, como representante del pueblo, no es una comisión del pueblo o del cuerpo electoral.

La palabra «órgano» debe ser evitada aquí. Debe su privanza, en parte, al pretendido contraste frente a ideas mecanicistas e individualistas-privadas, pero también, en parte, a una equívoca falta de claridad que permite disolver distinciones difíciles como representación de Derecho público y de Derecho privado, comisión, etc., en una penumbra general. Para la crítica de la aplicación de ese concepto de G. Jellinek, comp. Carl Schmitt, *Die Diktatur,* pág. 141; además, H. Heller, *Die Souveränität,* Berlín, 1927, pág. 60; Duguit, *L'Etat,* I, págs. 8, 238 y sigs.; Barthélemy, ob. cit., páginas 25 y sigs. Por desgracia, tampoco las investigaciones histórico-jurídicas de Gierke, en cuanto afecta al Derecho público, y sobre todo a ese concepto de representación, son siempre claras. En las explicaciones del *Althusius,* págs. 214 y sigs., se emplean indistintamente los conceptos «representación», «*vicem gerere*», «*mandatum*», «*commissio*», «*autorización*», «*Vertretung*». El que en la literatura histórica allí tratada se diera esa acumulación no es razón para continuarla, sino que más bien acentúa la necesidad de poner claridad. La frase de Cusanus que Gierke cita, pág. 216, nota 15, como primer ejemplo del empleo de la palabra «representación» *(et dum simul conveniunt in unu compendio representativo totum imperium collectum est)* muestra ya algo esencial: que lo representativo no estriba en una representación jus-privatista cualquiera, sino en la representación de la unidad del *todo.* La doctrina absolutista no se encuentra tan alejada del pensamiento de la representación como Gierke, penetrado del sentido del siglo XIX liberal, supone, sino que tan sólo reserva al príncipe la representación de la unidad política. Por lo demás, ese absolutismo comprendió con mucha claridad y energía el pensamiento de la representación, y sólo por eso fueron posibles las transposiciones (desde el monarca a la Representación popular elegida) de la Revolución francesa y del siglo XIX.

5. También el príncipe absoluto es sólo representante de la unidad política del pueblo; él solo representa al Estado. Como Hobbes dice, el Estado tiene «su unidad en la persona de un soberano»; es «*united in the Person of one Sovereign*». La representación produce la unidad, pero lo que se produce es siempre, tan sólo, la unidad de un *pueblo* en situación política. Lo personal del Estado está, no en el concepto de Estado, sino en la representación.

El valor de la representación está en que los caracteres de publicidad y personalidad dan a la vida política su carácter. Cosas temidas, «diplomacia secreta» y «régimen personal» han desacreditado ese sistema. Sin embargo, no puede pasarse por alto una cosa al menos: que la diplomacia secreta de quienes tienen poder público es un juego inofensivo en comparación de la diplomacia pública que cultivan por medio de sus agentes quienes tienen un poder secreto.

6. En resumen, puede decirse: el Estado se basa como unidad política en una vinculación de dos contrapuestos principios de formación, el principio de la identidad (del pueblo presente consigo mismo como unidad política, cuando, por virtud de propia conciencia política y voluntad nacional, tiene aptitud para distinguir entre amigo y enemigo), y el principio de la representación, en virtud del cual la unidad política es representada por el Gobierno. Aplicación del principio de la identidad significa tenden-

cia al mínimum de gobierno y de dirección personal. Cuanto más se aplique ese principio, tanto más se practica la resolución de los asuntos políticos «por sí», gracias a un máximum de homogeneidad, naturalmente dada, o históricamente alcanzada. Esta es la situación ideal de una Democracia, según la supone Rousseau en el *Contrat social.* Se habla aquí de Democracia directa o pura, siendo de observar respecto de esta expresión que, propiamente, sólo hay Democracia directa, y lo indirecto no surge más que por la mezcla de elementos formales representativos. Allí donde todos están conformes, la decisión ha de producirse espontáneamente, sin discusión y sin esenciales contraposiciones de intereses, porque todos quieren lo mismo. Pero esa situación ha de considerarse como simple construcción ideal del pensamiento, no como realidad histórica y política. El peligro de una aplicación radical del principio de la identidad estriba en que ha de fingirse el supuesto esencial, la sustancial homogeneidad del pueblo. El máximo de identidad no se da, pues, realmente, pero sí el mínimo de gobierno. La consecuencia es que un pueblo vuelve a caer, desde la situación de existencia política, en la situación infrapolítica, llevando una existencia simplemente cultural, o económica, o vegetativa, y sirviendo a un pueblo ajeno políticamente activo. Por el contrario: un máximo de representación significaría un máximo de gobierno; en tanto que pudiera actuar, se arreglaría con un mínimo de homogeneidad del pueblo, formando una unidad política con grupos humanos nacional, confesional o clasistamente distintos. El peligro de esta situación consiste en que es ignorado el sujeto de la unidad política, el pueblo, perdiendo su contenido el Estado, que no es nunca más que un pueblo en situación de unidad política. Sería entonces un Estado sin pueblo, una *res populi* sin *populus.*

Todas las divisiones de las formas políticas pueden reducirse a la diferencia de ambos principios formales. La división tradicional de Monarquía, Aristocracia y Democracia tiene verdadera sustancia y afecta a algo esencial, porque puede remitirse al hecho de que en esas tres formas políticas predomina de una manera distinta uno de aquellos dos principios formales. El simple número que de hecho constituyan los dominadores o gobernantes no es un principio de división adecuado y no se requiere ninguna especial agudeza para criticar cuando se dice que en la Monarquía domina un solo individuo, en la Aristocracia varios y en la Democracia muchos o todos. La división sólo es cierta cuando en la palabra «dominar» o «regir» se encuentra contenida la figura del representar, la representación de la unidad política. En la Democracia son muchos o todos los que representan, en tanto que todo elector, todo ciudadano con derecho a voto, deba ser, según antes (en 1) se explicó, representante independiente del Todo. Pero esta participación de todos los ciudadanos en el Estado no tiene en la Democracia el sentido del representar, sino la producción de la identidad del pueblo presente consigo mismo como unidad política. Bien entendida, y prescindiendo de las exterioridades de aquella división numérica, la Teoría del Estado de Aristóteles conserva su significación clásica. Lo más impor-

tante es que Aristóteles reconoce en la doctrina de la «Policía» al verdadero Estado como una vinculación de dominadores y dominados, de ἄρχειν y ἄρχεσθαι. La simultaneidad de dominadores y dominados, de gobernantes y gobernados, significa una vinculación de ambos principios: representación e identidad, sin los que es imposible un Estado.

IV. La Constitución moderna consiste en una *vinculación y mezcla de principios del Estado burgués de Derecho con principios político-formales.* Las derivaciones y efectos de los principios políticos, son temperados y limitados de particular manera por los principios del Estado de Derecho. Los Estados de esa Constitución moderna son: o Monarquías constitucionalmente limitadas (Monarquías constitucionales), o Democracias constitucionalmente limitadas (Democracias constitucionales). También se aprovechan, según mostraremos, en seguida, elementos formales aristocráticos en el moderno Estado constitucional.

1. No puede decirse que la burguesía, cuando luchaba en Europa por su Estado de Derecho, prefiriera definitivamente uno de los dos principios político-formales, identidad o representación. Luchaba contra toda especie de absolutismo estatal, tanto contra una Democracia absoluta como contra una Monarquía absoluta; contra la identidad extrema, como contra la extrema representación. En la medida en que propugnaba ciertas instituciones políticas más allá de las simples exigencias moderadoras y temperadoras propias del Estado de Derecho, su finalidad era el «sistema parlamentario». Este sistema es la exigencia política propia de la burguesía liberal. Se basa, como después, al discutir los distintos principios formales, se verá más al detalle, en una peculiar vinculación, contrapeso y relativización de elementos formales y estructurales, monárquicos, aristocráticos y democráticos. Es significativo desde los puntos de vista histórico y de la Teoría del Estado, el que ese sistema precisamente haya adoptado el nombre de «sistema representativo» o «Constitución representativa», designándose durante el siglo XIX en casi todos los países europeos el Estado liberal burgués de Derecho con gobierno parlamentario como un Estado de «sistema representativo». Ya Kant, que también para esto es un representante típico del pensamiento del Estado burgués de Derecho, decía: «Toda verdadera República es, y no puede ser otra cosa, un *sistema representativo* del pueblo para cuidar de sus derechos en nombre del mismo, por medio de todos los ciudadanos unidos y a través de sus diputados» (*Rechtslehre,* § 52; *Vorländer,* pág. 170). Cabe preguntar si esa Constitución burguesa representativa significa una forma política. Parlamento o representación popular suponen siempre en esas ideas una auténtica representación de todo el Pueblo, es decir, del Pueblo políticamente unido, de la Nación. El Parlamento no se concibe todavía como una comisión de representantes de intereses. Se afirma con gran decisión ese carácter representativo de la Representación popular frente al Rey, en tanto que éste cuenta como representante de la unidad política. El diputado es, para la idea del viejo Liberalismo, un hombre seleccionado por su inteligencia y preparación para cuidar sólo del Todo

político en cuanto tal. Este tipo ideal de diputados merece ser considerado para la Teoría constitucional, pues de él recibe el Parlamento la significación de *élite* representativa, y no es sólo históricamente cierto para el Parlamento inglés, con relación al cual hicieron esa afirmación, por ejemplo, Gneist *(Englische Verfassungsgeschichte,* pág. 709) y Hasbach *(Die parlamentarische Kabinettsregierung,* 1919, pág. 261), sino también en el terreno de las ideas, el concebir al Parlamento como una Asamblea *aristocrática* u oligárquica. Sólo con relación y en contraste respecto a la Monarquía absoluta, podía aparecer como algo democrático. Junto con el poder de la Monarquía, y a consecuencia de la creciente democratización, declina ese carácter aristocrático y representativo. El diputado se convirtió en agente dependiente de organizaciones de electores y de intereses; el pensamiento de la representación desapareció ante el principio de la identidad inmediata, que se había aclarado a las grandes masas como algo evidente por sí mismo. Pero para el conocimiento del Parlamentarismo y de la «Constitución representativa» burguesa es necesario recordar el carácter aristocrático fundamental.

2. Cuando R. Smend caracteriza al Parlamentarismo como forma política especial (arriba, pág. 207), coincido con él sólo en tanto en cuanto que el sistema parlamentario contiene una *peculiar relativización, vinculación y mezcla* —correspondiente a los intereses especiales del Estado burgués de Derecho— de principios político-formales y elementos estructurales. Si se aplica al sistema parlamentario la distinción entre los dos principios político-formales de identidad y representación, se ve que hay aquí una forma especial de *representación.* El dominio del Parlamento es un caso de Aristocracia (o, en la forma de subespecie: Oligarquía). La Aristocracia es, en cierto sentido, una forma *mixta* de gobierno. En la doctrina de la forma mixta de gobierno aparece siempre como una forma especialmente recomendable, porque ocupa el punto medio entre Monarquía y Democracia, y por eso envuelve ya una mezcla. También en el antes citado juicio de Calvino, por ejemplo, se la prefiere a otras formas políticas. La forma política de la Aristocracia se distingue de la Democracia en que, por contraste con su identidad inmediata, se basa en una representación; pero, por otra parte, evita una representación tan absoluta y absorbente como la representación mediante un único hombre, la Monarquía; también priva de su consecuencia extrema al personalismo a que tiende una representación, pues ya no es una persona única quien representa. Así, la Aristocracia puede aparecer como un término medio y moderado entre dos extremos. Montesquieu atinaba también aquí con algo esencial cuando designaba la moderación como el «principio de la Aristocracia». La representación envuelve el contraste decisivo frente al principio democrático de la identidad; la llamada «Democracia representativa» es, por eso, la típica forma mixta y de compromiso —lo que, por lo demás, se manifiesta en cada detalle de su aplicación orgánica. Es muy inexacto tratar a la Democracia representativa como una subespecie de la Democracia (como Rich. Thoma en el homenaje a la memoria de Max Weber, 1923, II, págs. 39 y sigs.). Lo representativo es precisa-

mente lo *no*-democrático en esa «Democracia». En tanto que el Parlamento es una *representación* de la unidad política, se encuentra en contraposición con Democracia. Pero la exigencia liberal de una tal representación se dirigía, históricamente considerada, en la realidad política concreta, contra el monarca absoluto que actuaba como representante exclusivo de la unidad política. A este representante se le colocaba enfrente un segundo representante, el Parlamento. Como representante del *pueblo* (si bien no puede darse, en verdad, más que una representación de la unidad política del pueblo como un todo), surgido de la elección del pueblo, hablaba y actuaba ese Parlamento frente al Rey sólo en nombre del pueblo, pero no representaba la unidad política en virtud de su propia existencia, ni con independencia plena, aun cuando podía afirmarse frente al pueblo que el Parlamento es representante «independiente». Era a todas luces una delicada situación intermedia, y sólo un tránsito. Cuanto más decaía el antagonista, la representación monárquica, tanto más decaía también la representación del Parlamento, y el cuerpo representativo se transformaba en una comisión de las masas electorales. Desde que el Parlamento hubo cesado de representar frente al monarca, se vio colocado ante la tarea política de representar la unidad política, ahora con la misma decisión frente al pueblo, es decir, sus propios electores, y mantenerse independiente de ellos. En esto había una gran dificultad, pues la *elección* puede, es cierto, crear una representación auténtica, y es un método del principio aristocrático cuando tiene el sentido de determinar una *selección* de los *mejores,* cuando su dirección va de abajo arriba y los elegidos son los *superiores*. Pero la elección puede ser también, a la inversa, simple nombramiento de representantes de intereses y agentes. Entonces la dirección va de arriba hacia abajo, esto es, que el elegido es subordinado dependiente del elector. En tanto que organizaciones permanentes de partido dominan al Parlamento, como entidades firmes siempre presentes, se encuentra aquél sometido a las consecuencias de la Democracia directa, y ya no es representante. Pero mientras el Parlamento se correspondía con los supuestos de una representación auténtica —tal era, todavía, el caso en el siglo XIX—, podía verse en el sistema parlamentario una forma política de carácter aristocrático. La peculiar situación política del liberalismo burgués —colocado entre la soberanía del príncipe y la del pueblo—, encontró su expresión en esa forma política intermedia.

También aquí persiste la mezcla y relativización de los principios formales, que es característica de la Constitución del Estado burgués de Derecho. No es que se establezca una Aristocracia pura. Lo aristocrático es aquí sólo un elemento formal, junto a otros; el sistema parlamentario no es una forma política propia, sino un contrapeso de formas opuestas que utiliza elementos formales, democráticos y monárquicos, para el fin de la distinción de poderes. Para el Ejecutivo utiliza formas de organización monárquicas: un *Rey* o un *Presidente* cuyas facultades se robustecen mucho en interés de la distinción y contrapeso de «poderes». Un Jefe de Estado, como jefe del Ejecutivo, corresponde por necesidad a todo este sistema, e incluso puede construirse como un *representante* del pueblo frente al Parlamento,

así que incluso en Repúblicas de principio democrático vuelve a aparecer el dualismo de la monarquía constitucional (Rey y Parlamento como dos representantes de la Nación). También el Presidente del Reich, en la Constitución de Weimar, tiene carácter representativo; por esa razón es elegido, según el art. 41, C. a., por *todo* el pueblo alemán; también es él quien representa hacia el exterior al Reich alemán (art. 45, C. a.). Como un otro elemento *aristocrático,* pero independiente, se añade en algunas Constituciones la institución de una *Cámara alta* o Senado con diversas fundamentaciones y construcciones (abajo, § 23), diciéndose en Constituciones típicas del Estado de Derecho, como la belga de 1831 (art. 32), que los miembros de *ambas* Cámaras «representan a la Nación». Por último, el *principio democrático* encuentra su aplicación, sobre todo, en la legislación, y eso cuando el pueblo, esto es, los ciudadanos con derecho a voto, no sólo eligen, sino que también deciden de manera inmediata cuestiones objetivas a través del plebiscito. Concurren, pues, todos los elementos formales, pero relativizados y contrapesados, siendo esta vinculación y mezcla lo esencial para la moderna Constitución del Estado burgués de Derecho y su sistema parlamentario.

Una teoría constitucional del actual Estado burgués de Derecho necesita, pues, dentro del segundo elemento de la Constitución moderna, dentro de los elementos *político*-formales, discutir, una por una en particular, estas formas: Democracia, Monarquía y Aristocracia, para comprobar los elementos de la mezcla de formas y entender bien así, en su peculiaridad, su vinculación típica: el sistema parlamentario.

Sección tercera

EL ELEMENTO POLITICO DE LA CONSTITUCION MODERNA

§ 17

LA DOCTRINA DE LA DEMOCRACIA. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

I. *Ojeada sobre algunas determinaciones conceptuales.*

1. *La relación de Democracia y República.* Democracia es una forma política que corresponde al principio de la identidad (quiere decirse identidad del pueblo en su existencia concreta consigo mismo como unidad política). El pueblo es portador del Poder constituyente, y se da a sí mismo una Constitución. Junto a esto, la palabra Democracia puede indicar un método para el ejercicio de ciertas actividades estatales. Entonces designa una forma del Gobierno o de la Legislación, y significa que en el sistema de la distinción de poderes, uno o varios de éstos, por ejemplo, la Legislación o el Gobierno, se organizan según principios democráticos con una participación lo más amplia posible de los ciudadanos.

Democracia como forma política significa también, según la terminología actual, *República.* Para el Gobierno o la Legislación pueden ligarse elementos estructurales democráticos con el mantenimiento de un monarca hereditario; una parte de la actividad estatal se organizará democráticamente, y otra, monárquicamente; entonces el Estado será designado casi siempre como Monarquía. Se puede decir entonces, con J. Bryce, que «hay bastantes Repúblicas que no son Democracias, y algunas Monarquías, como Gran Bretaña y Noruega, que son Democracias» *(Democracias modernas,* I, edición alemana, pág. 22). Sin embargo, suelen ir confundidos ambos conceptos en las exposiciones del Derecho político democrático. «República» ya no designa (al igual de «Policía») el Estado ideal en el sentido de Aristóteles y Santo Tomás.

La palabra «República» adopta desde Maquiavelo el significado negativo de contraste con Monarquía como forma política. En la terminología

de los teorizadores del Estado burgués de Derecho, en Kant, significa: el Estado de Derecho con división de poderes, colocándose así en contraposición a todo «absolutismo», sea monárquico o democrático (arriba, pág. 201). «República» conserva aquí todavía algo de la significación ideal de la tradición clásica.

Para la lógica de la formación conceptual jurídico-política es de singular interés que la forma presentada como normal, determina *per negationem* la otra forma. Para Maquiavelo, p. ej., todos los Estados que son *Monarquías* son Repúblicas *(Príncipe,* cap. 1); para Richard Thoma, por el contrario (ob. cit., pág. 44), todos los Estados que no son Democracia son «Estados de privilegios». La concepción de Kant correspondiente al Estado burgués de Derecho relativiza todos los principios político-formales al convertirlos en medios orgánicos del equilibrio de poderes.

2. La mayor parte de las definiciones de Democracia hablan de un «imperio de la mayoría». Esa mayoría es la de los llamados ciudadanos activos, es decir, con derecho a voto. No necesita en sí misma ser ni la mayoría de los súbditos del Estado, ni la mayoría de los habitantes de su territorio. Modernamente se ha añadido, sin embargo, que no basta con que «impere» la mayoría de los ciudadanos activos, sino que, además, es preciso que tenga derechos ciudadanos la gran masa de la población. No debe ser suficiente con que se decida por mayoría dentro de una minoría que tiene a su disposición una masa de gentes privadas de derechos, o de esclavos. Bryce (ob. cit., pág. 23) exige que la gran masa de toda la población, «alrededor, al menos, de las tres cuartas partes», tenga derechos ciudadanos; R. Thoma (ob. cit., pág. 43), que todos los nacionales gocen de libertad personal. Cuando se habla de «mayoría» puede hacerse referencia a muy distintas clases de mayoría, a saber: *a)* la mayoría de los ciudadanos activos participantes en el sufragio; *b)* la mayoría de todos los ciudadanos activos, sin atender a si participan o no en el sufragio; *c)* la mayoría de los súbditos del Estado; *d)* la mayoría de la población de un País.

3. Se suelen citar juntos, como principios democráticos, los de *igualdad* y *libertad,* cuando en realidad esos dos principios son distintos y con frecuencia contrapuestos en sus supuestos, su contenido y sus efectos. Sólo la igualdad puede valer con razón para la política interior como principio democrático. La libertad político-interna es el principio del Estado burgués de Derecho, que viene a modificar los principios político-formales —sean monárquicos, aristocráticos o democráticos—. Pero, por lo demás, no pueden usarse ni el concepto de libertad, ni el de igualdad, sin unas rigurosas distinciones lógicas e históricas. Sobre el concepto de la igualdad democrática, abajo, II, pág. 223. De la palabra «libertad» hay que decir que, empleada en el sentido de una libertad individual, que corresponde por naturaleza a todo hombre, es un principio liberal. Pero entra en juego tan sólo para el elemento de Estado de Derecho de la Constitución moderna, no como principio político-formal. Ahí son todos «igualmente libres».

La distinción entre libertad e igualdad se encuentra en la base del libro de W. Hasbach, *Die moderne Demokratie*, 2.ª ed., 1923, como distinción entre Liberalismo y Democracia. Esta obra trata el problema con materiales primarios e interesantes, pero sin una sistemática de Teoría del Estado; adolece de las tendencias polémicas, antidemocráticas, del autor. R. Thoma (ob. cit., pág. 39) presenta igualdad y libertad como principios democráticos, y trata la Democracia en general, quedando, pues, sin distinguir, tanto Democracia y Estado burgués de Derecho como los principios político-formales de Democracia (identidad) y Representación. Sobre el concepto «Democracia representativa», arriba, pág. 216.

Otras definiciones de Democracia son: «Gobierno del Pueblo por el Pueblo», «imperio de la opinión pública» *(government by public opinion)*, o: una forma política en que «el sufragio universal es el fundamento del todo» (así, R. Thoma). Todas estas definiciones o caracterizaciones exponen sólo diversos momentos o efectos del principio democrático de igualdad, cuando es preciso deducir la significación propia de cada uno de esos aspectos de una discusión sistemática del concepto democrático fundamental: la igualdad.

4. La mayor oscuridad surge de que el concepto de Democracia, como tantos otros conceptos políticos, se ha convertido en un *concepto ideal* muy general, cuya pluralidad de sentidos abre plaza a otros diversos ideales y, por último, a todo lo que es ideal, bello y simpático. La Democracia se ha ligado e identificado con liberalismo, socialismo, justicia, humanidad, paz y reconciliación de los pueblos. Así, el Ministro socialdemócrata doctor David decía en la Asamblea nacional de Weimar: «Es libre el camino para toda evolución legal pacífica. En esto consiste la más auténtica Democracia», observación que Konrad Beyerle cita con aplauso *(Die Verfassung des deutschen Reiches*, Munich, 1919, pág. 7).

Esa ilimitada ampliación del concepto de Democracia hacia un concepto ideal general se encuentra, tanto en liberales burgueses, como en socialdemócratas. Liberales como L. T. Hobhouse *(Democracy and Reaction*, 2.ª ed., Londres, 1909, pág. 140) designa la Democracia como «aplicación de principios éticos a la política», lo que, en verdad, es precisamente liberalismo. Jaurès describe la Democracia como justicia, humanidad, liga de Naciones y paz, concepción que es característica del social-liberalismo de la Segunda Internacional y su especial vinculación a la Liga de Naciones de Ginebra (Kautsky, Bernstein, McDonald, Herriot, Paul Boncour, Thomas, Branting, Vandervelde). Así, surgen complejos peculiares de ideas, en los que ya no puede hacerse distinción de sus conceptos. Típico de este modo de considerar las cosas es el libro de Th. G. Masaryk: *Les problèmes de la Démocratie*, París, 1924, con un prefacio de Albert Thomas.

II. *El concepto de igualdad.* Para el concepto democrático de igualdad no basta cualquier igualdad general e indiferente que se encuentre dada, sin atención a la sustancia o valor de la misma. La forma política específica de la Democracia sólo puede basarse en un concepto específico y sustancial de igualdad.

1. *La igualdad general de los hombres.* La igualdad de todo el que «tenga figura humana» no puede ofrecer fundamento ni a un Estado, ni a una forma política, ni a una forma del Gobierno. De ella no pueden obtenerse distinciones y delimitaciones específicas, sino sólo la supresión de distinciones y límites; con ella no pueden construirse ningunas instituciones especialmente estructuradas, y sólo puede comportar la disolución y abolición de distinciones e instituciones que ya no tengan fuerza en sí mismas. Como todo campo de la vida y del pensamiento humanos —religión, moral, Derecho y economía—, también la política tiene sus distinciones especiales. Del hecho de que todos los hombres son hombres no puede deducir nada específico ni la religión, ni la moral, ni la política, ni la economía. La distinción económica entre productor y consumidor, por ejemplo, o la distinción jurídica entre acreedor y deudor, no pueden aclararse naturalmente por el hecho de que tanto el productor como el consumidor, tanto el acreedor como el deudor, sean hombres. La indicación de esa general condición humana puede suavizar y moderar ciertas durezas, produciendo una relativización, pero no constituir ningún concepto. Al contrario: si la sola igualdad común de todos los hombres es el único criterio y lo decisivo, ya no puede llevarse a cabo ninguna distinción específica. La idea de la igualdad humana no contiene un criterio, ni jurídico, ni político, ni económico. Su significación para la Teoría constitucional estriba en que corresponde al individualismo liberal y está al servicio del principio de los *derechos fundamentales.*

Una igualdad que no tuviera otro contenido que la igualdad común de todos los hombres por sí mismos sería una igualdad no-política, por faltarle el correlato de una posible desigualdad. Toda igualdad recibe su significación y sentido mediante el correlato de una posible desigualdad; y es tanto más intensa, cuanto mayor es la desigualdad contrapuesta de aquellos que no son iguales. Una igualdad, sin la posibilidad de desigualdad, una igualdad que se tiene por sí misma y que no puede perderse, carece de valor y es indiferente.

2. El concepto democrático de igualdad es un concepto político y, como todo concepto político auténtico, debe relacionarse con la posibilidad de una *distinción.* Por eso, la Democracia política no puede basarse en la indistinción de todos los hombres, sino sólo en la pertenencia a un *pueblo determinado,* si bien cabe que sea determinada esa pertenencia a un pueblo por muy diversas notas (ideas de raza, de fe comunes, de destino y tradición comunes). La *igualdad* que corresponde a la esencia de la Democracia se dirige por eso siempre al *interior,* y no hacia fuera: *dentro* de un Estado democrático son iguales todos los súbditos. De aquí se deduce, a los efectos de la consideración política y jurídico-política: quien no es súbdito del Estado, no entra en juego para esta igualdad democrática. Igualdad no quiere decir aquí que los democráticos atenienses no se distinguieran de los bárbaros, ni que el democrático pueblo de los Estados Unidos acepte como ciudadano a todo extranjero. Aquello en que se trata con igualdad

al extranjero no afecta a los asuntos políticos; son consecuencias de los derechos liberales generales de libertad en terreno no político (propiedad privada, protección jurídica, etc.).

Por eso, según la Constitución alemana, no todos los hombres, sino «todos los alemanes son iguales ante la Ley» (art. 109, C. a.); según la Constitución federal suiza de 29 de mayo de 1874, art. 4.º: «Todos los *suizos* son iguales ante la Ley»; según la Constitución japonesa de 1889, art. 19, «Todos los *japoneses*», etc. Incluso la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, que proclama que todos los *hombres* son por naturaleza libres e iguales, ya no habla, sin embargo, tan pronto como se trata de derechos políticos, del hombre *(homme),* sino del *ciudadano (citoyen),* arts. 6.º y 13.

3. Esta igualdad democrática es el supuesto de todas las otras igualdades: igualdad de la Ley, voto igual, sufragio universal, servicio militar obligatorio, igualdad para el acceso a los cargos públicos. El sufragio universal no es, pues, el contenido de la igualdad democrática, sino consecuencia de una igualdad que se da por supuesta. Sólo por cuanto que se consideran iguales todos los súbditos del Estado han de tener voto igual, sufragio universal, etc. Esas igualdades son casos de aplicación, pero no la esencia de la igualdad democrática. Si no, la Democracia política sería una simple ficción y estribaría en que los ciudadanos fueran tratados *como si* fuesen iguales. Por lo demás, algunas instituciones democráticas tienen hoy una finalidad quizá tan sólo educativa y tratan como igual al ciudadano sólo para educarle hacia una verdadera igualdad. Pero de ahí no puede desprenderse la esencia de la Democracia.

Si en numerosos escritos acerca de la Democracia se acentúa ese punto de vista pedagógico, eso es señal de que no se es ya consciente de la forma política de la Democracia, o se ha hecho problemática. Incluso en el discreto y experimentado escrito de A. T. Hadley: *Problemas de la Democracia,* ed. alemana, Stuttgart, 1926, la última palabra y la última salida es: «educación».

4. La igualdad democrática es, pues, una igualdad *sustancial.* Todos los ciudadanos pueden ser tratados como iguales, tener igualdad ante el sufragio, etc., porque participan de esa sustancia.

La sustancia de la igualdad puede ser diferente en las distintas Democracias y en las distintas épocas.

a) En la teoría del Estado griega era singularmente vigorosa la conciencia de la necesidad de una homogeneidad *física* y *moral.* Platón, como adversario de la Democracia, ve su defecto en que no hace de la virtud ciudadana, de la ἀρετή, una característica diferencial bastante rigurosa, y equipara a los ciudadanos sin distinción ninguna, de manera que «se encuentran unidos bajo una Constitución tal hombres de las más distintas clases» *(Politeia,* VIII, 11, 551, c., pág. 331 de la traducción alemana de Apelt). Sin embargo, se entendía con evidencia que a la Democracia griega sólo pertenecían, a pesar de esa diversidad, helenos libres, y no bárbaros ni esclavos. Aristóteles no se coloca en una semejante oposición a la Democracia. La que él considera

mejor forma de gobierno, la «Policia», está muy cerca de la que hoy se suele denominar Democracia: un Estado en que todos participan como dominadores y como dominados (πάντας ὁμοίως κοινωεὶν τοῦ κατὰ μέρος ἄρχειν καὶ ἄρχεσθαι); al menos, en el libro VII de la *Política* aparece esa Policía como la mejor forma de gobierno, con lo que, por lo demás, se da por supuesta expresamente la homogeneidad de los hombres que viven en el Estado. Pues claro es que un Estado en el que todos son al mismo tiempo dominadores y dominados, no es una «Policia» de la Humanidad. Los bárbaros son esclavos por naturaleza (φύσει), *Política,* I, 1, 5. El esclavo no tiene por razón natural ninguna ἀρετή, ningún sentimiento de la libertad y ningún sentido de la forma elevada de existencia que el hombre encuentra en el estado político, sobre todo la vida bella y noble, la εὐ ζῆν. Meta y finalidad del esclavo es, por naturaleza, «ser de otro» (ἄλλου εἶναι). Los Estados bárbaros son sólo Estados por el nombre, pues en ellos los esclavos dominan a los esclavos. Sólo los helenos libres tienen por naturaleza las propiedades físicas y psíquicas que corresponden a la existencia política. Por tanto, también en la Democracia se da por supuesto que está integrada por helenos libres. Aristóteles dice, además, expresamente, que la igualdad de la Ley sólo puede valer con igualdad de nacimiento y fuerza; la igualdad ante la Ley sólo es justa cuando son iguales los que a ella se encuentran sometidos. «La igualdad pasa por justa, y lo es, pero no para todos, sino para los iguales; también la desigualdad pasa por justa, y también lo es, pero no para todos, sino sólo para los desiguales» *(Política,* III, 5, 8).

Sólo en la filosofía de la Stoa se disuelve ese concepto diferencial de la igualdad. La diversidad de los pueblos y razas, de los helenos y los bárbaros, desaparece ante la Razón común para todos, que rige al mundo entero y que hace, de todos los hombres sabios, ciudadanos de un Estado universal. Es digno de observar que esa doctrina de la ciudadanía universal muestra una especial predilección por la *Monarquía* y renuncia al ideal democrático: J. Kaerst: *Studien zur Entwickelung und Theoretischen Begründung der Monarchie im Altertum,* Bibl. Hist., t. VI, 1898, pág. 65.

b) En la doctrina medieval declaró Santo Tomás de Aquino que la ἀρετή o *virtus* es el principio de la *Aristocracia.* Maquiavelo, por el contrario, supone en sus *Discorsi* esa cualidad en los ciudadanos de la *Democracia,* pues, sin ella, ninguna Democracia sería posible. Según Montesquieu, la *vertu* es el principio de la *República;* da una definición de esa virtud: es «una cosa muy sencilla: el amor a la República» *(Esprit des lois,* V, 2); no tiene nada que ver con la educación y sabiduría; en una República democrática es amor a la igualdad, y, sobre todo, sobriedad y moderación en las pretensiones, frugalidad (V, 3). Pertenece a la tradición clásica la creencia de que la riqueza destruye la Democracia, porque destruye la virtud (comp., por el contrario, hoy, F. Tönnies, que, apelando a Goldscheid, dice que el Estado democrático tiene que ser o hacerse rico, *Verhandlungen des 5. deutschen Soziologentages,* 1926, pág. 35). En la teoría del *Contrato social,* de Rousseau, el fundamento propio de su Estado es la completa homogeneidad. Lo que el Pueblo quiere es bueno precisamente porque él lo quiere; todos quieren lo mismo, con lo que, en realidad, no hay derrotados; cuando uno es derrotado es que se había engañado acerca de su verdadera y mejor voluntad. Esa voluntad común no se dirige a someterse a la ocasional mayoría, porque entonces la voluntad de todos puede estar corrompida, con lo cual ya no conduce hacia una voluntad general. No se quiere conseguir la sumisión a la mayoría, porque es mayoría, sino porque la sustancial homogeneidad del pueblo es tan grande que, a partir de la misma sustancia, todos quieren lo mismo. El Estado no se basa, pues, en el pacto, sino en la homogeneidad e identidad del pueblo consigo mismo. Esta es la más fuerte y consecuente expresión del pensamiento democrático. En la práctica de la dictadura jacobina puede verse la significación de ese supuesto de la igualdad democrática. El adversario político no tenía ninguna «vertu», es decir, sentido político certero, ningún «ci-

visme»; no era un patriota y, por tanto, quedaba *hors la loi.* Aquí se puede comprobar con claridad hasta qué punto la igualdad política corresponde a una desigualdad como correlato necesario.

c) La sustancia de la igualdad democrática puede encontrarse en convicciones *religiosas* comunes. Dentro de comunidades religiosas surge una igualdad de todos los miembros en cuanto que todos están formalmente de acuerdo en lo esencial. En asociaciones más pequeñas, cuyos miembros se consideran como elegidos, sagrados o redimidos, la condición de elegido y, por tanto, la desigualdad hacia el exterior, es un fundamento especialmente sólido para la igualdad *dentro* de la comunidad.

El ejemplo de los sectarios ingleses bajo Cromwell es significativo para la aparición de la Democracia moderna. Según una idea extendida, aparecieron por primera vez los pensamientos de la moderna Democracia directa en el movimiento de los *Levellers* (G. P. Gooch: *The history of English Democratical Ideas in the 16th Century,* Cambridge, 1894). En 28 de octubre de 1647 presentaron dichos sectarios radicales un *Agreement,* que fue pasado al Parlamento, pero que no tuvo mayor importancia práctica porque Cromwell aplastó todo el movimiento. En ese *Agreement* se exigía: que el Parlamento dependiera del pueblo, distribución proporcional de los puestos de elección; como derechos nativos *(native rights):* libertad de conciencia, libertad de servicio militar obligatorio, supresión de los Tribunales de excepción, igualdad ante la Ley, seguridad y bienestar del pueblo como base de la legislación. Tales postulados han de establecerse como «postulados fundamentales» y ser sometidos a la aceptación del pueblo. El líder de esos Levellers, Lilburne, dice en el *Legal fundamental Liberties of the people of England* (1649) que ese «fundamento» de un gobierno justo ha de ser sometido al pueblo para su aprobación en cada condado. Pero tales exigencias de igualdad, libertad religiosa, aprobación por el pueblo, valen como fundamentales, naturalmente, sólo para los propios compañeros de sentir. Nadie entre estos sectarios pensaba con esto garantizar también a papistas o ateístas. Lilburne dice, por lo demás, de modo expreso, en su citado escrito, que sólo los bien intencionados, *the well-affected people,* han de tener derecho al sufragio y «a dar su asentimiento a los Fundamentos» *(The Clarke Papers,* ed. de C. H. Firth, t. II, Camden Society, 1894, págs. 257/8). Tampoco aquí se trata de una igualdad humana general, sino sólo de la igualdad de los creyentes en ciertas convicciones religiosas, que luchaban contra adversarios comunes, papismo, anglicanismo e iglesia del Estado. También en las Colonias americanas en que fundaron nuevas comunidades los sectarios o puritanos emigrantes, la libertad de conciencia valía tan sólo para los de igual sentir. En la puritana Massachusetts determinaban las leyes que cada cual estaba obligado a participar en el servicio público divino, el que no era miembro de las comunidades religiosas, no era tratado como *freeman;* si alguien era excluido por tres meses de la comunidad a causa de faltas de conducta, se le castigaba con prisión, y era expulsado (Rothenbücher: *Trennung von Kirche und Staat,* 1910, pág. 119). En tanto se hable aquí de una Democracia, se trata con ello de que un nuevo sentimiento religioso se convierte en base de una nueva comunidad dentro de la cual sus miembros son considerados como iguales. Tampoco cabe hablar aquí de una igualdad humana desprovista de sustancia. Antes bien, la sustancia de esa igualdad democrática reside en la comunidad de la auténtica fe religiosa.

d) La Democracia nacional. La Revolución francesa de 1789 daba por supuesta, a pesar de sus ideas de humanidad y fraternidad general de todos los pueblos, la *Nación* francesa como una entidad históricamente dada. Sus Constituciones son aleaciones de los principios del Estado burgués de Derecho con el principio democrático del Poder constituyente del pueblo (arriba, § 6, pág. 70). En el siglo XIX, el pensamiento nacional condujo a nuevas formaciones políticas y a la democratización del Estado por medio

del servicio militar obligatorio y el derecho de sufragio universal. La sustancia de la igualdad que corresponde a todas estas instituciones, reside aquí en lo nacional. El supuesto de esa clase de Democracia es la homogeneidad nacional.

Nación significa, frente al concepto general de pueblo, un pueblo individualizado por la conciencia política de sí mismo. Diversos elementos pueden cooperar a la unidad de la Nación y a la conciencia de esa unidad: lengua común, comunidad de destinos históricos, tradiciones y recuerdos, metas y esperanzas políticas comunes. El lenguaje es un factor muy importante, pero no, por sí mismo, el decisivo. También lo son en su medida la comunidad de la vida histórica, voluntad consciente de esa comunidad, grandes acontecimentos y metas. Revoluciones auténticas y guerras victoriosas pueden superar los contrastes idiomáticos y fundar el sentimiento de la comunidad nacional, aun cuando no se hable la misma lengua.

Si la Nación es concebida como sustancia de la igualdad democrática, resultarán de ello consecuencias prácticas de especial naturaleza. Un Estado democrático que encuentra los supuestos de su Democracia en la homogeneidad de sus ciudadanos, se corresponde con el llamado principio de la nacionalidad, según el cual una Nación forma un Estado y un Estado encierra dentro de sí una Nación. Un Estado nacionalmente homogéneo aparece entonces como lo normal; un Estado al que esa homogeneidad falta, tiene algo de anormal que pone en peligro la paz. El principio de la nacionalidad se convierte de este modo en supuesto de la paz y en «fundamento del Derecho internacional».

Cuando en la realidad política no se encuentra la homogeneidad nacional porque un Estado está integrado de diversas Naciones o contiene minorías nacionales, se dan diversas posibilidades de solución. Por lo pronto, el intento de una igualación pacífica; pero eso significa en realidad, o bien la disgregación y separación pacífica, o la paulatina *asimilación* pacífica a la Nación dominante. La protección internacional de las minorías hoy existente —arriba, pág. 91— trata de garantizar un camino pacífico. Con ella no se protege como Nación a la minoría nacional; como Nación, no puede tener derechos políticos frente a la Nación dominante, porque entonces se suprimiría, con el principio de la nacionalidad, el principio democrático mismo. La actual regulación internacional de la protección de las minorías nacionales se encuentra más bien enfocada como protección de los derechos individuales de los hombres en particular a quienes se garantiza como individuos igualdad, libertad, propiedad y el empleo de su lengua materna. Esto responde al pensamiento de introducir por caminos pacíficos la homogeneidad nacional, y con ella el supuesto de la Democracia. El otro método es más rápido y violento: supresión del elemento extraño mediante opresión, *expulsión* de la población heterogénea, y medios radicales análogos. El ejemplo más importante de ese método es el Tratado greco-turco de Lausana de 30 de enero de 1923, que, según el artículo 542 del Tratado de Lausana de 24 de julio de 1923, entró en vigor con su ratificación en 26 de agosto de 1923; según él, habría de conducirse a Grecia la población griega que habitase en territorio turco, y a Turquía la población turca que habitase en territorio griego, sin atención a la voluntad de los hombres afectados por ese cambio.

Tras tales métodos de asegurar o realizar la homogeneidad nacional, vienen todavía las siguientes consecuencias del principio de la homogeneidad nacional: 1) *Control de la inmigración extranjera* y repulsa de elementos extranjeros indeseables por la *legislación de inmigración,* según se practica en los Estados Unidos de América y en Dominios ingleses, singularmente en Australia y en la Unión Sudafricana; 2) establecimiento de formas y *métodos especiales de dominación de Países con población heterogénea,* tratando, por una parte, de evitar la anexión manifiesta, y por otra parte, de conservar en las manos las decisiones políticas más importantes: colonias, protec-

torados, mandatos, tratados de intervención como los firmados por los Estados Unidos de América, sobre todo con Estados latino-americanos. Es esencial a esos métodos que el País dominado o controlado siga siendo «el Extranjero» desde el punto de vista del Derecho político, y su población no entre a pertenecer al Estado del país dominante[1]; 3) leyes contra el exceso de extranjeros, para la protección de la industria nacional, para la protección contra el poder económico y social del capital extranjero; después de la guerra han aparecido leyes tales en numerosos Estados; casos especialmente famosos son las leyes turcas encaminadas a lograr una radical *turquización* del País, y además, el art. 27 de la Constitución mejicana de 1917, en que se nacionaliza el suelo y la riqueza minera[2]; 4) las nuevas prácticas del Derecho de ciudadanía, posibilidad de expatriación, desnaturalización, etc.; 5) una consecuencia particular, digna de consideración: la Constitución del Estado checoslovaco, de 29 de febrero de 1920, surgió sólo mediante delegados de los partidos checos y eslovacos, con exclusión de la población no eslava (arriba, § 8, pág. 103), a este respecto, la docta apología de F. Weyr, *Zeitsch. f. öff. Recht*, I, pág. 3, y *JöR.*, XI (1922), págs. 352 y sigs.

Tales consecuencias de la homogeneidad democrática muestran el contraste de la Democracia como principio político-formal, frente a las ideas liberales de libertad e igualdad del hombre individual con todos los otros hombres. Un Estado democrático

---

[1] Número total de habitantes del Imperio británico:

	453	millones
De ellos, Europa	47	»
Australia	7	»
América	11	»
	65	millones de población predominantemente blanca
Africa	54	millones
Mandatos	8	»
Asia	324	»
Número total de habitantes bajo el dominio francés:		
Europa	39	millones
Colonias	60	»
Mandatos	14	»
	113	millones

[2] La frase primera del tan discutido art. 27, declara que la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del Estado mejicano corresponde a la Nación, que la transmite a los particulares como propiedad privada; sec. VII: la posibilidad de adquirir la propiedad de tierra o aguas se rige según los siguientes preceptos: 1. Sólo los mejicanos por nacimiento o por naturalización y las Sociedades mejicanas tienen derecho para adquirir tal propiedad o para obtener concesiones de explotación de minas, aguas o combustibles minerales. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto a los dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus Gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder, en beneficio de la Nación mejicana, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

perdería su sustancia mediante un reconocimiento consecuente de la igualdad general humana en el terreno de la vida pública y del Derecho público.

e) Un intento de sustituir la homogeneidad nacional por la homogeneidad de una *clase,* el proletariado, es el realizado por la política bolchevista de la República soviética.

Art. 20 de la Declaración de derechos del pueblo trabajador y explotado, sección I de la Const. de 10 de julio de 1918: «Partiendo de la solidaridad de los trabajadores de todas las Naciones, la República socialista soviética federal rusa concederá todos los derechos políticos de los ciudadanos rusos a los extranjeros que se dediquen en el territorio de la República rusa a una actividad laboriosa y pertenezcan a la clase obrera o a los campesinos que no explotan el trabajo ajeno, reconociéndose a los soviets locales la facultad de conceder a tales extranjeros, sin formalidades que lo dificulten, los derechos de la ciudadanía rusa.» Comp. Bogolepow, *Die Rechtstellung der Ausländer in Sowjet-Russland,* Fuentes y estudios del Instituto de Europa oriental en Breslau, sección Derecho, nueva serie 4, Berlín, 1927, págs. 29, 170 y sigs.: «La solidaridad de los trabajadores de todas las Naciones requiere su equiparación en lo que respecta a derechos políticos.»

Incluso si ese intento pudiera lograrse, y el concepto del proletariado sustituyera la sustancia de la homogeneidad nacional por una homogeneidad de clase, surgiría aquí una nueva distinción, proletario contra burgués, y la Democracia como concepto político seguiría invariable en su estructura. En lugar de las contraposiciones nacionales se introduciría la contraposición de Estados proletarios y capitalistas, recibiendo así una nueva intensidad la agrupación de amigos y enemigos.

5. La igualdad democrática es, en esencia, homogeneidad, y, por cierto, homogeneidad del pueblo. El concepto central de la Democracia es *Pueblo,* y no *Humanidad.* Si la Democracia ha de ser una forma política, hay sólo Democracia del Pueblo y no Democracia de la Humanidad. Ni siquiera el concepto de *clase* puede sustituir, para la Democracia, al concepto de pueblo. Siendo clase un concepto puramente económico, sobre base puramente económica, no da lugar a ninguna homogeneidad sustancial. Si la clase se convierte en base de una organización de lucha y da lugar a una auténtica agrupación de amigos y enemigos, deja de ser un concepto puramente económico, porque una clase verdaderamente en lucha no es ya una entidad esencialmente económica, sino política. Si logra dominar al Estado, la clase se convierte en pueblo de ese Estado. El concepto democrático de pueblo sigue siempre subsistiendo, y encierra un contraste, tanto frente al concepto de humanidad como también frente al concepto de clase.

III. *Definición de Democracia.* Democracia (tanto en cuanto forma política como en cuanto forma del Gobierno o de la Legislación) es identidad de dominadores y dominados, de gobernantes y gobernados, de los que mandan y los que obedecen.

1. Esta definición resulta de la sustancial igualdad, que es supuesto esencial de la Democracia. Excluye el que la distinción dentro del Estado democrático de dominantes y dominados, gobernantes y gobernados exprese o produzca una diferencia *cualitativa.* Dominación o gobierno en una Democracia no pueden nacer de una desigualdad, de una superioridad de

los dominadores o gobernantes, de que los gobernantes sean en algún modo cualitativamente mejor que los gobernados. Según su sustancia, tienen que permanecer en la igualdad y homogeneidad democráticas. Porque uno domine o gobierne, no por eso puede salirse de la identidad y homogeneidad del pueblo. Por lo tanto, la fuerza o autoridad de los que dominan o gobiernan no ha de apoyarse en cualesquiera altas cualidades inaccesibles al pueblo, sino sólo en la voluntad, el mandato y la confianza de los que han de ser dominados o gobernados, que de esta manera se gobiernan en realidad *a sí mismos*. De este modo recibe su sentido ideológico la expresión de que la Democracia es una dominación del pueblo sobre sí mismo. Todas las tendencias e instituciones democráticas, tales como la igualdad y equiparación de derechos en los más distintos terrenos, sufragio universal y su extensión cada vez mayor a hombres y mujeres, rebaja de la edad para votar, reducción de los períodos electorales *(diputaciones)*, disolución de los Parlamentos, responden a ese esfuerzo por realizar la identidad de gobernantes y gobernados.

La palabra «identidad» es utilizable para la definición de Democracia, porque designa la identidad amplia —es decir, que comprende a gobernantes y gobernados— del pueblo homogéneo, y niega la diferencia entre gobernantes y gobernados que existe en otras formas políticas. Hay que observar a este respecto que la diferencia entre representantes y representados no se toma aquí en cuenta, pues representados no son los gobernados, sino la unidad política como un todo. En la Democracia pura sólo hay la identidad del pueblo, realmente presente, consigo mismo, y, por lo tanto, ninguna representación. Con la palabra «identidad» se designa lo existencial de la unidad política del pueblo, a diferencia de cualesquiera igualdades normativas, esquemáticas o ficticias. La Democracia presupone en su conjunto y en cada particularidad de su existencia política un pueblo homogéneo en sí, que tiene la voluntad de existencia política. Bajo ese supuesto, es cierto lo que Rousseau dice de que lo que el pueblo quiere es siempre bueno. Tal postulado es cierto, no a partir de una norma, sino del ser homogéneo de un pueblo.

Para otra justificación de la palabra «identidad» en este sentido, remitiría yo a la siguiente frase de E. Husserl, *Logische Untersuchungen,* II, 2, pág. 112: «Toda igualdad tiene relación con una *species* bajo la cual están los comparados. Y esa *species* no es a su vez un simple igual ni puede serlo, pues entonces se haría inevitable el *regressus in infinitum*... Igualdad es la relación de los objetos que se encuentran colocados bajo una y la misma *species*. Ya no es presumible hablar de la identidad de la *species,* del punto en que la igualdad tiene lugar, pues entonces pierde su base también lo que se diga de la igualdad» (comp. a este respecto la compulsación de H. Lipps, *Untersuchungen zur Phänomenologie der Erkenntnis,* primera parte, Bonn, 1927, págs. 10 y sigs.). Gobernantes y gobernados quedan, pues, en la identidad de la sustancia homogénea en que consiste la esencia del Estado democrático. La igualdad democrática no es nunca algo matemático, numérico o estadístico. La igualdad de magnitudes matemáticas no es, como H. Lipps, ob. cit., pág. 12, dice con acierto, «una igualdad de cosas, ni designa ninguna identidad, sino la enunciación de un axioma como raíz irreductible de ciertos teoremas matemáticos».

2. Poder del Estado y Gobierno emanan del pueblo en la Democracia. El problema del gobierno dentro de la Democracia consiste en que gober-

nantes y gobernados tienen que ser diferenciados, pero dentro de la homogeneidad inalterable del pueblo. Pues la diferencia de los gobernantes y los gobernados, de los que mandan y de los que obedecen, subsiste en tanto que se gobierna y manda, es decir, en tanto que el Estado democrático es un Estado. No puede por eso desaparecer una diferenciación entre gobernantes y gobernados. La Democracia se encuentra aquí también bastante alejada, como auténtico concepto político que es, de la disolución de tales distinciones en normatividades éticas o mecanismos económicos. La diferencia entre gobernantes y gobernados puede robustecerse y aumentarse *en la realidad* de manera inaudita, en comparación con otras formas políticas, sólo por el hecho de que las *personas* que gobiernan y mandan permanecen en la homogeneidad sustancial del pueblo. Si encuentran el asentimiento y la confianza del pueblo al que pertenecen, su dominación puede ser más rigurosa y dura, más decisivo su gobierno que el de cualquier monarca patriarcal, o de una prudente oligarquía. Gambetta consideró precisamente la Democracia como base de un gobierno especialmente fuerte. También se encuentra ese pensamiento entre los políticos demócratas de la coalición de Weimar, y, así, decía el diputado Pegersen, en las discusiones sobre el artículo 48, C. a., sesión del Reichstag de 3 de marzo de 1920: «No hay ninguna forma política, a no dudarlo, que permita los medios de poder que la Democracia, porque se basa en el derecho igual de todos los ciudadanos.» Una forma política no puede ser determinada por propiedades como suave o dura, desconsideración o humanidad. El elemento liberal específico, de Estado de Derecho, que se une con el elemento democrático de una Constitución, lleva a dulcificar y debilitar el poder del Estado en un sistema de controles y frenos. La Democracia como forma política es no esencial, quizá incluso extraña, a esa tendencia. Una Dictadura, en especial, sólo es posible sobre base democrática, mientras que contradice a los principios del Estado liberal de Derecho, por ser propio de la Dictadura el que al dictador no se le dé una competencia general normada, circunscrita y prefigurada, sino que el volumen y contenido de su *autorización* dependen de su *criterio,* con lo que ya no hay una competencia en el sentido del Estado de Derecho.

En una Democracia, la inevitable diferencia práctica entre gobernantes y gobernados no puede pasar a ser una distinción y singularización cualitativas de las personas gobernantes. Quien gobierna en una Democracia no lo hace porque posea las condiciones de una capa superior cualitativamente mejor, frente a una capa inferior menos valiosa. Esto suprimiría, naturalmente, la homogeneidad e identidad democrática. La mayor virtud y capacidad pueden inducir de modo razonable al pueblo a encargar la dirección y guía a aquellos de sus miembros que parezcan virtuosos y capacitados. Pero en tal caso gobierna sólo porque tiene la confianza del pueblo. No tiene ninguna autoridad nacida de una naturaleza especial. Si el pueblo elige sólo los mejores y más virtuosos, tanto mejor; esa especie de elección y selección de los más virtuosos no puede llevar nunca a la consecuencia, dentro de la Democracia, de que forman una capa especial que pone en

peligro la igualdad sustancial de todos, es decir, el total supuesto de toda Democracia. Aquellos que gobiernan se diferencian *a través* del pueblo, pero no *frente* al pueblo, y el proyecto que Sieyès suscitó en 1789 contra los nobles partía de que el noble no quería diferenciarse *a través* de los ciudadanos, sino *frente* a ellos.

3. La identidad democrática descansa en la idea de que todo lo que hay dentro del Estado como actuación del Poder estatal y como Gobierno permanece *dentro* de la homogeneidad sustancial. Todo pensamiento democrático se mueve con clara necesidad en ideas de *inmanencia*. Todo lo que se salga de la inmanencia negará la identidad. Toda especie de trascendencia que se introduzca en la vida política de un pueblo lleva hacia distinciones cualitativas de alto y bajo, elegido y no elegido, etc., mientras que en una Democracia el Poder estatal ha de emanar del pueblo y no de una persona u órgano exterior al pueblo y colocado sobre él. Tampoco emana de Dios. Al menos, en tanto que exista la posibilidad de que otro que el pueblo mismo decida acerca de cuál es *in concreto* la voluntad de Dios, la apelación a la voluntad divina implica un momento trascendente antidemocrático. El postulado «todo poder viene de Dios» puede significar, acaso, que también haya de ejercer un poder estatal contra la voluntad del pueblo; en esta acepción contradice a la Democracia. De igual manera, cuando significa que bajo la apelación a la voluntad divina se niega a la voluntad del pueblo su decisoriedad y validez. Cuando Dios, en cuyo nombre se gobierna, no es precisamente el Dios de ese pueblo, la apelación a la voluntad divina puede llevar al resultado de que sean diferentes la voluntad de Dios y la del pueblo, entrando así en colisión. Por lo tanto, según la lógica democrática, sólo ha de tenerse en cuenta la voluntad del pueblo, porque Dios, en el campo de lo político, no puede aparecer más que como el Dios de cierto pueblo. Eso significa la frase *vox populi, vox Dei.* Esa expresión —preconizada en la Democracia americana por Jefferson, y en Europa por Mazzini— es algo más que un simple dicho. Tiene un sentido polémico, con su inmediata apelación a Dios, así como también al reino de la gracia de Dios: recusación a toda otra extraña instancia que en nombre de Dios quiera imponer al pueblo su voluntad, y, por lo tanto, recusación de todos los influjos e injerencias políticas que no resulten de la homogeneidad sustancial del propio pueblo.

§ 18

EL PUEBLO Y LA CONSTITUCION DEMOCRATICA

I. El pueblo, *antes* y *por encima* de la Constitución.

El pueblo es, en la Democracia, sujeto del Poder constituyente. Toda Constitución, según la concepción democrática, se basa, incluso para su elemento de Estado de Derecho, en la decisión política concreta del pueblo dotado de capacidad política. Toda Constitución democrática supone un tal pueblo con capacidad (arriba, § 10, pág. 108).

II. El pueblo *dentro* de la Constitución, en el ejercicio de facultades reguladas por ley constitucional. El pueblo puede ejercitar, dentro del marco y sobre la base de una Constitución, ciertas competencias legalmente reguladas, en cuanto cuerpo electoral o de ciudadanos con derecho a voto:

1. *Elecciones.* El elector determina la persona a quien debe confiarse una actividad estatal. La elección puede tener un doble sentido: determinación de un representante, o nombramiento de un agente dependiente.

a) Elección de un representante de todo el Pueblo unido. Ejemplo, el artículo 41, C. a.: elección del Presidente del Reich por todo el pueblo. Aquí, el resultado de la elección está determinado por la mayoría de los ciudadanos con derecho a voto que en ella participen.

Los que teniendo derecho a voto se abstienen, influyen en el resultado electoral, porque con su alejamiento rebajan el número de votos exigidos; cuanto mayor sea el número de abstenciones, tanto menor será el número de votos emitidos, y, por lo tanto, el porcentaje del cuerpo electoral que determina el resultado. La mayoría de votos emitidos vale entonces como voluntad de *todo* el pueblo. Esa voluntad vale, pues: 1) como voluntad, también, de los votantes *derrotados;* 2) como voluntad de los *abstenidos,* y 3) como voluntad de todos los ciudadanos *que carecen de derecho al voto.* Es evidente en una Democracia que el ciudadano derrotado o que no haya tomado parte en la votación no por eso puede alegar el no haber dado él su voto al elegido.

b) Elección de un miembro de un Cuerpo legislativo (Representación popular, Parlamento, Reichstag, Landtag) de todo el Estado. También aquí da lugar la elección, según el Derecho constitucional de hoy, a una representación, si bien se ha perdido en realidad la consciencia de ese sentido, y la elección —sobre todo, por los métodos del sistema proporcional con listas— recibe el carácter de la designación de funcionarios de partido y de intereses.

En una *elección unipersonal* dentro de un distrito, la mayoría de los votantes del distrito saca un diputado. El diputado así elegido es, sin embargo, diputado de todo el pueblo (art. 21, C. a.). La voluntad de la mayoría de los votantes de un distrito pasa, pues, no sólo por ser la voluntad de los electores derrotados y de los abstenidos, o bien de los ciudadanos de ese distrito, sino, igualmente, la voluntad de todos los demás ciudadanos, electores o no, de *todo el Estado.* Toda otra construcción resulta imposible, porque haría del distrito un territorio independiente, suprimiendo la unidad política.

Con los diversos métodos de representación proporcional desaparece a ojos vistas ese peligro. La justificación más importante de ese sistema estriba en caracterizarle como un sistema en que se vota, no con arreglo a puntos de vista personales y locales, sino con arreglo a *ideas* (J. Jaurès), concepción optimista si se considera la realidad de la vida actual de los partidos. Con este sistema el distrito electoral se transforma en un simple medio técnico para la votación; con eso desaparece la significación especial de los distritos locales y territoriales; también hace posible reunir para todo el Estado los votos que se encuentran en minoría en ciertos distritos, y darles eficacia. De este modo desaparece además la necesidad de un *desempate,* y con el actual sistema de listas, también la necesidad y hasta la posibilidad de una segunda vuelta. Es indudable que en este sistema aparece territorialmente más vigoroso el pensamiento de la unidad política de todo el pueblo. Sería, sin embargo, inexacto sostener que el sistema de representación proporcional es más democrático que otros. Las divisiones que resultan de ese sistema no son territoriales, pero escinden aún con mayor fuerza el cuerpo del Estado. La voluntad del elector de una lista ha de valer, igual que con otros sistemas, como voluntad de *todos los otros* electores. Los diputados de cada partido han de pasar por diputados de todo el pueblo. Se finge, pues, que cada elector nacionalista ha cooperado también a la elección de los diputados comunistas que forman parte de una diputación, y que igualmente los electores comunistas están representados también por los diputados nacionalistas. Si la división en distritos unipersonales significa un riesgo para la unidad territorial, este sistema significa un riesgo para la homogeneidad. Los distintos grupos electorales no son ya conscientes ni pueden serlo de que no eligen a *sus diputados,* sino a diputados de todo el pueblo.

c) Elecciones locales. Las elecciones locales no tienen interés a este respecto, porque no afectan a la unidad política como un todo, y, siendo así, deberán considerarse, desde el punto de vista de la Teoría del Estado, como una serie distinta, cualitativamente, de elecciones.

2. Votaciones sobre un asunto. El ciudadano que vota, toma posición frente a una cuestión *objetiva* y da, en alguna forma, una respuesta *objetiva.*

a) A esto corresponden los diversos métodos de referéndum, de plebiscito y demás votaciones populares comprendidas bajo la denominación

general de «votación popular»: *Volksabstimmung* (sobre esto, abajo, § 20, página 252.

Generalmente, decide aquí la mayoría de los votos emitidos; es decir, que vale como respuesta a la cuestión planteada el contenido de la respuesta dada por la mayor parte de los votantes. En este punto es ya claro que el valor lógico, psicológico y de técnica del sufragio depende por completo del planteamiento de la cuestión. No cabe sumar sino aquellas respuestas que den una contestación objetiva, sencilla y clara, a una pregunta igualmente objetiva, sencilla y clara. La cuestión debe ser planteada, en general, de modo que pueda contestarse con un sencillo «sí» o «no». El sí o no de la mayoría simple de los votos emitidos vale entonces como decisión de todo el pueblo, y por eso también como voluntad de los que han sido derrotados, y además, como voluntad de los que no han tomado parte en la votación y de los que no tienen derecho al voto.

Si se encuentra prescrita una cierta participación en el sufragio, entonces los ciudadanos con derecho a voto que se abstienen de tomar parte en la votación pueden decidirla manteniéndose alejados del sufragio, más aún que en las demás votaciones o en las elecciones. El art. 75, C. a., determina, p. ej.: «Sólo puede quedar fuera de vigor una resolución del Reichstag mediante referéndum, cuando participe en éste la mayoría de los ciudadanos con derecho a voto.» La propuesta se considera, pues, desechada, es decir, denegada la pregunta, cuando no ha tomado parte en la votación la mayoría del cuerpo electoral. De este modo, adoptan la decisión los que *no votan,* dando así a conocer que no quieren decidir. Por caso notable, no decide aquí la voluntad de aquellos que manifiestan una voluntad, sino la voluntad de aquellos que no manifiestan voluntad ninguna, y posiblemente no la tienen. Su «voluntad», o mejor, «noluntad», vale entonces incluso como voluntad de aquellos que han manifestado una (sobre esto, con relación al referéndum de 20 de junio de 1926, Rud. Liepmann, *Zeitschr. für öff. Recht,* t. VI, 1927, págs. 609 y sig.).

b) *Iniciativa popular.* Aquí basta una minoría (según el art. 73, C. a., 2, una vigésima parte de los electores; según el art. 73, 3, una décima parte) para suscitar la iniciativa. Se designa como iniciativa *popular* la iniciativa de una minoría, aun cuando, a diferencia de los casos discutidos hasta ahora, no pueda decirse que la voluntad de esos electores que participan en la iniciativa valga como voluntad de todo lo demás. La ficción es, en este caso, superflua e induce a error, pues sólo podría significar que todo lo que se hace legalmente dentro de un Estado democrático —incluso toda sentencia judicial y todo acto administrativo— vale como voluntad del pueblo entero y de cada uno de los ciudadanos. Lo decisivo en una iniciativa minoritaria semejante es, por el contrario, el que pueda ser suscitada, incluso *contra* la voluntad de la mayoría. La palabra «popular» tiene aquí un sentido esencialmente distinto que en expresiones como «votación popular» o «elección popular». La expresión se aclara de la siguiente manera: una iniciativa es, normalmente, algo que pertenece, incluso en una Democracia, a la esfera de actividad de las autoridades estatales, de las *magistraturas,* se puede decir, con Lorenz von Stein (*Verwaltungslehre,* pá-

gina 92), que no puede haber ningún Gobierno sin iniciativa, siquiera sea compartida con el Cuerpo legislativo. La palabra «pueblo» tiene, junto a otras significaciones, el sentido especial de implicar un contraste frente a toda autoridad o magistratura estatal. Pueblo son aquellos que *no* gobiernan, *no* representan, *no* ejercitan funciones orgánicas de autoridad. Cuando, a pesar de ello, se le concede a una parte no organizada de los ciudadanos con derecho a voto una facultad que por su naturaleza sería de la competencia de las autoridades, la singularidad de la palabra «pueblo» consiste en que justamente *no son autoridades* quienes ahí actúan. Se supone siempre que es una masa inorgánica quien suscita la iniciativa. Si un partido con un número de miembros inscritos lo bastante grande organizara una oficina para suscitar permanentemente iniciativas populares, se deformaría el sentido de esa regulación constitucional, y ya no habría una iniciativa «popular», sino una iniciativa de partido. Lo específico del concepto «pueblo» consiste en que éste es una entidad no organizada y nunca organizable por completo.

III. 1. El pueblo *junto* a la regulación constitucional (opinión pública). Según la doctrina democrática del poder constituyente del pueblo, éste, como titular del Poder constituyente, se encuentra fuera y por encima de toda regulación constitucional. Cuando, por ley constitucional, se le transfieren ciertas competencias (elecciones y votaciones), no por ello se agota y acaba, en una Democracia, su posibilidad de actuar y su significación política. Junto a todas esas normaciones sigue subsistiendo el pueblo como verdadera magnitud inmediatamente *presente* —no a través de normaciones, vigencias y ficciones circunscritas de antemano—. Ni aun cuando se añaden a la organización estatal instituciones constitucionales de la llamada Democracia directa queda desconectado el pueblo para todas las demás relaciones; y aunque a los electores y a los ciudadanos con derecho a voto se les asignen facultades constitucionales, el pueblo no se transforma por ello en una autoridad. Precisamente en una Democracia, el pueblo no puede llegar a ser autoridad y simple «órgano» del Estado. Es siempre algo más que un órgano que funciona con competencia para resolver asuntos oficiales, y subsiste, junto a los casos de una actuación constitucionalmente organizada (elecciones y votaciones populares), como entidad esencialmente no organizada ni estructurada.

Aquí se fija negativamente el concepto de pueblo, contraponiéndolo al sistema de autoridades y magistraturas oficialmente organizado. Más allá de esa negación frente a las autoridades, es característico también del concepto de pueblo en otros terrenos, el que pueda ser fijado por vía negativa. No sólo se atinaría con algo sociológicamente esencial, en términos generales, al definir al pueblo en tal manera negativa (por ejemplo, el público, en un teatro, como aquella parte de los presentes que *no* colabora en la representación de la obra), sino que tampoco puede ser desconocida esa peculiar negatividad al tratar científicamente las teorías políticas. Pueblo son, en una significación especial de esa palabra, todos los que *no* son señalados y distinguidos, todos los *no* privilegiados, todos los que *no* se destacan por razón de propiedad, posición social

o educación (así, dice Schopenhauer: «Quien no entiende latín pertenece al pueblo»). En la Revolución francesa del año 1789 podía la burguesía identificarse con la Nación como tercer estado, y la *burguesía* era el pueblo, porque era el contraste con la aristocracia y los privilegiados. Sieyès planteó la célebre cuestión: ¿Qué es el tercer estado?, y dio la respuesta de que era la Nación; el tercer estado no es *nada* y debe serlo todo. Pero tan pronto como la burguesía misma apareció como una clase dominadora del Estado, distinguida por la propiedad y la instrucción, la negación hubo de trasladarse. Ahora el *proletariado* se convierte en pueblo, porque se hace portador de esa negatividad: es la parte de la población que no posee, que no participa de la plusvalía producida ni encuentra un puesto en la ordenación existente. Frente a las clases poseedoras, aparece él entonces, en un sentido muy pronunciado, como pueblo, y una asamblea de proletarios es hoy más una asamblea popular que una asamblea de industriales o intelectuales. La Democracia evoluciona hacia una Democracia proletaria, y suprime el liberalismo de la burguesía poseedora e ilustrada.

2. Esta magnitud negativamente fijada, el pueblo, no por la negatividad de su determinación es menos significativa para la vida pública. Pueblo es un concepto que sólo adquiere existencia en la esfera de lo *público*. El pueblo se manifiesta sólo en lo público; incluso lo produce. Pueblo y cosa pública existen juntos; no se dan el uno sin la otra. Y, en realidad, el pueblo produce lo público mediante su *presencia*. Sólo el pueblo presente, verdaderamente reunido, es pueblo y produce lo público. En esta verdad descansa el certero pensamiento, comportado en la célebre tesis de Rousseau, de que el pueblo no puede ser representado. No puede ser representado, porque necesita *estar presente*, y sólo un ausente puede estar representado. Como pueblo presente, verdaderamente *reunido*, se encuentra en la Democracia pura con el grado más alto posible de identidad: como ἐκκλησία en la Democracia griega, en el mercado; en el foro romano; como tropa o ejército reunido; como *Landsgemeinde* (Concejo abierto) suiza. Pero también allí donde no se reúne en un cierto lugar y según un procedimiento ordenado se muestra la peculiar significación del pueblo en el hecho de la verdadera presencia de una multitud popular públicamente reunida. Sólo el pueblo verdaderamente reunido es pueblo, y sólo el pueblo verdaderamente reunido puede hacer lo que específicamente corresponde a la actividad de ese pueblo: puede *aclamar*, es decir, expresar por simples gritos su asentimiento o recusación, gritar «viva» o «muera», festejar a un jefe o una proposición, vitorear al rey o a cualquiera otro, o negar la aclamación con el silencio o murmullos. También en una Monarquía aparece inevitablemente el pueblo en esa actividad, en tanto que la Monarquía sea un Estado vivo. Dondequiera que el pueblo se encuentre verdaderamente reunido, cualquiera que sea la finalidad, a menos que aparezca como grupo organizado de intereses, sea en manifestaciones callejeras, en fiestas públicas, en teatros, en el hipódromo o en el estadio, se encuentra presente ese pueblo capaz de aclamar, siendo, al menos potencialmente, una entidad política. Con bastante frecuencia ha podido experimentarse que toda asamblea popular, incluso una manifiestamente apolítica, contiene en sí posibilidades políticas inesperadas.

Sólo a partir de tales fenómenos simples y elementales se puede reponer en sus derechos al concepto de lo público, bastante oscuro, pero esencial para toda la vida política y, sobre todo, para la moderna Democracia, y conocer el problema propio de ésta. Pues la regulación constitucional de la actual Democracia burguesa ignora por completo las auténticas asambleas populares y aclamaciones. El derecho de reunión aparece como un derecho garantido de libertad burguesa (art. 124, C. a.) y como objeto de la regulación de la ley de reuniones y de asociaciones. Quien confunda la Constitución de una Democracia con tales normaciones puede discutir fácilmente que aquí exista un problema. Pues la organización de la Democracia, tal como se acepta hoy en los Estados de Constitución liberal-burguesa, parte de ignorar precisamente al pueblo reunido como tal, porque —como ya hemos dicho tantas veces— es propio de la Constitución del Estado burgués de Derecho ignorar el soberano, ignorar si ese soberano es el monarca o el pueblo. Cierto que existe libertad de reunión y tienen lugar, con ocasión de las elecciones y votaciones, «asambleas populares». Aquí, los reunidos, desde el punto de vista de la Ley constitucional, no son pueblo ni se mueven en una función pública. Allí donde el pueblo entra a desempeñar una función constitucionalmente normada, en elecciones y votaciones, la reunión, justamente, está excluida del fenómeno encuadrado por la ley. La ley o votación es, antes bien, una *votación individual secreta.* El método del sufragio secreto no es, sin embargo, democrático, sino expresión del individualismo liberal, así como también su propugnador en el siglo XIX, Jeremías Bentham, fue un liberal típico. En la lucha contra influjos electorales ilícitos del Gobierno y contra otros abusos encuentra su sentido y su relativa justificación la exigencia del sufragio secreto. Pero es necesario entender bien su naturaleza y poner en claro que, en principio, pertenece a la ideología del individualismo liberal y contradice al principio político de la Democracia. Pues la aplicación consecuente de la votación secreta transforma al ciudadano, al *citoyen,* es decir, a la figura específicamente democrática, *política,* en un hombre privado, que desde la esfera de lo *privado* —sea tal su religión o su interés económico, o ambas cosas en una— manifiesta una opinión privada y emite su voto. El sufragio secreto significa que el ciudadano que vota se encuentra aislado en el momento decisivo. De esta manera se hace imposible la asamblea del pueblo presente y toda especie de aclamación, quedando por completo rota la vinculación entre el pueblo reunido y la votación. El pueblo ya no elige y vota como pueblo. Los métodos de la actual elección popular y de la actual votación popular, en la moderna Democracia, no contienen en modo alguno el procedimiento de una verdadera elección popular o verdadera votación popular, sino que organizan un procedimiento de votación individual con adición de votos. Ese procedimiento es hoy común en la mayor parte de las Democracias. La Constitución de Weimar garantiza, junto a la libertad de sufragio, también el *secreto* del mismo (arts. 125, 22 y 17, C. a.). Según las leyes electorales y reglamentos, se cuida, mediante una serie de dispositivos protectores (urnas, sobres, cabinas electorales, etc.), de que el secreto quede asegurado

y «no sea observado» el individuo. En los Estados Unidos de América y en otros Países anglosajones se han inventado complicadas máquinas con registros y teclas para, no sólo garantizar institucionalmente el secreto del sufragio, sino darle también garantías mecánicas. Podría imaginarse que un día, por medio de inventos apropiados, cada hombre particular, sin abandonar su domicilio, pudiera dar expresión *continuamente* a sus opiniones sobre cuestiones políticas, y que todas estas opiniones fueran registradas automáticamente por una central donde sólo hiciera falta darles lectura. Eso no sería una Democracia especialmente intensa, sino una demostración de que el Estado y lo público se habían privatizado en su integridad. No sería opinión pública, porque no resulta opinión pública ni aun de la opinión concorde de millones de personas; el resultado es sólo una suma de opiniones privadas. Así, no aparece ninguna voluntad general, ninguna *volonté générale,* sino sólo la suma de todas las voluntades individuales, una *volonté de tous.*

Sobre los métodos americanos de registro secreto por máquinas, Esmein-Nézard, *Droit constitutionnel,* II, págs. 323 y sig. Sobre los «dispositivos protectores» para asegurar una «votación no vigilada» según el derecho alemán vigente: §§ 41, 42 y 43 de la Ordenanza alemana sobre elecciones y votaciones del Reich de 14 de marzo de 1924 *(Gac. leg. del Reich,* I, pág. 173, con reformas de 3 de noviembre de 1924; *Gac.,* I, página 726, y rectificación de 6 de abril de 1924; *Gac.,* I, pág. 646), y sobre todo, § 43 (dispositivos protectores para la votación): «En cada colegio electoral colocará la autoridad municipal una o varias mesas con dispositivos protectores para que cada votante pueda manipular su papeleta de votación sin ser observado y ponerla en el sobre.»

El hecho de que la aplicación consecuente del secreto del sufragio no es democrático porque expulsa al ciudadano individual de la esfera de lo público y lo convierte en hombre privado, se deduce también de la particularidad jurídico-política de ese «secreto». El actual secreto del sufragio no es —considerado desde el punto de vista del Derecho político— un *secreto auténtico.* Queda al criterio del elector el guardarlo o revelarlo; su garantía es sólo un derecho, pero no un deber del ciudadano. El individuo no puede renunciar, es cierto, al aparato técnico-administrativo que protege el secreto del sufragio (sobre esto, Martín Drath, *Das Wahlprüfungsrecht bei der Reichstagswahl,* Berlín, 1927, págs. 69 y sigs.), pero sólo porque la ejecución de las prescripciones legales sobre el secreto electoral es asunto de las autoridades y no de los individuos. Por lo demás, nadie le impide comunicar cómo ha elegido o votado y puede hacer del secreto lo que quiera, como cosa privada suya. Una comparación con el secreto profesional del funcionario muestra la gran diferencia que para el Derecho político separa a estas dos clases de secreto. Ello es tanto más chocante cuanto que, según la concepción democrática, el ciudadano que vota no es un particular, sino que realiza una función pública. Pero según la regulación actual de los métodos del sufragio secreto, se transforma en un particular precisamente en el momento decisivo; el secreto del sufragio es el punto en que se produce la transformación y tiene lugar la desviación de la democracia hacia la protección liberal del particular. Quizá se encuentra ahí uno de los *arcana* de la moderna Democracia burguesa.

3. Según esas explicaciones sobre la conexión entre el pueblo y lo público, parece justificado el designar a la Democracia como imperio de la

opinión pública, *government by public opinion.* En vías del sufragio secreto y mediante la adición de opiniones de particulares aislados, no puede surgir ninguna opinión pública. Todos esos métodos de registro son sólo medios auxiliares, útiles y valiosos como tales; pero no absorben la opinión pública. *La opinión pública es la forma moderna de la aclamación.* Es quizá una forma difusa, y su problema no está resuelto ni para la Sociología, ni para el Derecho político. Pero su esencia y su significación política estriban en que puede ser interpretada como aclamación. No hay ninguna Democracia, ni ningún Estado, sin opinión pública, como no hay ningún Estado sin aclamación. La opinión pública aparece y subsiste «inorgánica»; sería despojarla de su naturaleza, igual que con la aclamación, hacer de ella una especie de función oficial. Pero no quiere decirse con esto que surja de la nada, misteriosamente. La influyen, y también la hacen, partidos o grupos. Pero eso no puede reconocerse legalmente y hacerse oficial; queda siempre, en algún sentido, incontrolado. Hay en toda Democracia partidos, oradores y demagogos, desde los προστάται de la Democracia ateniense hasta los *bosses* de la americana, además de prensa, cine y otros métodos de operar psicotécnicamente sobre las grandes masas. Todo esto se sustrae a una normación exhaustiva. Existe siempre, por eso, el peligro de que la opinión pública y la voluntad del pueblo sean dirigidas por fuerzas sociales invisibles e irresponsables. Pero también para esto se encuentra la respuesta al problema en el supuesto esencial de toda Democracia. En tanto que exista la homogeneidad democrática de la sustancia y el pueblo tenga conciencia política, es decir, pueda distinguir de amigos y enemigos, el peligro no es grande. Si desaparecen aquellos supuestos sustanciales de la Democracia, sirve de poco toda organización y toda normación legal. Nada se ganaría si se quisiera obviar las dificultades e inconvenientes de la vida actual de los partidos reconociéndolos —más allá de las funciones técnicas del sufragio— como organizaciones legales y haciendo de ellos autoridades. Entonces se formarían otros partidos en seguida, pues la esencia del partido queda fuera de toda organización de magistratura. No hay ninguna Democracia sin partidos, pero sólo porque no hay ninguna Democracia sin opinión pública y sin que el pueblo se encuentre siempre presente. Así como la opinión pública no puede transformarse en una competencia de autoridad, tampoco un partido puede transformarse en autoridad sin perder su carácter de partido, por lo mismo que, a su vez, el propio pueblo no puede convertirse en una autoridad sin dejar de ser pueblo. El actual predominio de las organizaciones de partido frente al Parlamento se basa en que ellas corresponden al principio democrático de la identidad, por cuanto que, como el pueblo, están siempre presentes sin representar, mientras que el Parlamento tiene su sentido sólo en la representación, y de hecho ha perdido, sin embargo, su carácter representativo (abajo, pág. 312). Es natural que una identidad auténtica (incluso una simple *parte* del pueblo) predomine sobre una representación no auténtica.

La Constitución de Weimar no conoce partidos; cita la palabra sólo una vez y con un sentido de recusación, en el art. 130: «Los funcionarios son servidores de la comunidad y no de ningún partido», con lo que se introduce en la Constitución un elemento peculiar, de funcionarios públicos, y se asegura mediante una garantía institucional. No en la Constitución, pero sí en los reglamentos de las Cámaras de las Democracias parlamentarias, son reconocidos los partidos (las fracciones): reglamento del Reichstag alemán de 12 de diciembre de 1922 *(Gac. leg. del Reich,* 1923, II, pág. 101): Se comunicará al Presidente del Reichstag la formación de la fracción, etc. Se da como número para formar fracción el de quince miembros. La iniciativa de la ley del propio Reichstag (art. 68, C. a.) es concebida como iniciativa de una fracción, porque hacen falta quince firmas para suscitarla (§ 49 del Reglamento de 1922); la iniciativa de ley del Reichstag se transforma así en iniciativa de ley de una fracción. A pesar de ello, no puede decirse que las fracciones o partidos hayan llegado a ser, más allá del terreno del reglamento, un elemento legal-constitucional del Reichstag y que haya de considerarse la actividad de partido y de fracción del diputado en concreto como «ejercicio de su cargo» de diputado. Esta sería una concepción que haría del diputado un funcionario del partido o fracción, y del partido o fracción una estructura oficial, es decir, una autoridad, lo que esencialmente no es. Por eso, no puede extenderse la inmunidad del art. 36, C. a., a esa actividad de partido y de fracción, ni tampoco a las manifestaciones que se hagan en las reuniones de fracción. Aquella inmunidad encuentra, por el contrario, sus límites justamente allí donde encuentra sus límites el poder del Presidente del Reichstag (en otro sentido: Anschütz, *Komm.*, pág. 145; acertado, W. Troitzsch, *Rechtspflege und Immunität der Abgeordneten,* Rostock, 1927, pág. 84). Sobre el reconocimiento de los partidos en leyes electorales: H. Triepel, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien* (discurso en la Universidad de Berlín, 1927), pág. 20: «En las leyes electorales se designa a veces todavía a los partidos con vergonzante disimulo como asociaciones de electores o grupos de electores. Pero casi siempre aparecen ya en el plan, y ocasionalmente como en Turingia, incluso en la Constitución, llamados claramente por su nombre. La envoltura ha perdido por entero su sentido. Pues todo el sistema se apoya en el hecho de que partidos organizados luchan por la victoria electoral.» Sobre el reconocimiento de los grupos de partido en Francia: Barthélemy-Duez, *Droit constitutionnel,* 1926, pág. 444; sobre el problema general: O. Koellreutter, *Die Politischen Parteien im modernen Staat,* 1926, sobre todo págs. 62 y sigs.

A pesar de su inaprensibilidad e inorganizabilidad, lo opinión pública ha sido reconocida y tratada desde el siglo XVIII en la literatura política y de la Teoría del Estado como factor especial de la vida estatal. Los filósofos de la Ilustración del siglo XVIII eran partidarios de un despotismo ilustrado, pero veían en una opinión pública ilustrada el control de toda la actividad estatal y una segura garantía contra cualquier abuso del poder del Estado. Libertad de manifestación del pensamiento y libertad de Prensa se convirtieron así en instituciones políticas. De ahí reciben el carácter de derechos *políticos* y dejan de ser secuela, como en el proceso americano, de la libertad de conciencia y de religión. El ejercicio de la libertad de Prensa, de la libertad de manifestación de opiniones políticas, no sólo es un ejercicio dentro de la esfera privada de la libertad, sino actividad pública, desempeño de una cierta función pública, el control público.

De Lolme habla en su libro sobre la Constitución inglesa (1771) de que el pueblo ejercita, mediante la opinión pública, un poder especial, el «poder de censura» (II, ca-

pítulo 12). En las demandas liberales del siglo XIX se une la idea de una libertad «liberal» con esos pensamientos democráticos, sobre todo en la época del Liberalismo en que surgieron sus construcciones jurídico-político propias: de 1815 hasta 1848. Benjamín Constant concibe el Parlamento (la Representación popular) como «representación de la opinión pública». Chateaubriand escribe en sus célebres explicaciones sobre la libertad de prensa *(Mélanges,* págs. 238, 247), que también el Ministerio tiene que surgir de la opinión pública; ésta es principio y fuente —*principium et fons*— del Ministerio en una Monarquía constitucional. En Alemania actúa con menor eficacia ese significado de la opinión pública, siendo de citar la frase lapidaria, pero de dos filos, de Hegel, según la cual en la opinión pública todo es, al mismo tiempo, verdadero y falso. En general predomina en Alemania, en el siglo XIX, la crítica. Característico es a este respecto el escrito de Lothar Bucher del año 1854, ensalzado precisamente a causa de sus explicaciones sobre el valor de la opinión pública por Hasbach: *Der Parlamentarismus, wie er ist,* 2.ª ed., 1881. En las obras del siglo XX que han tratado de la opinión pública como tema sociológico y jurídico no se pone en claro la particularidad del concepto de *lo público* y su conexión con el pueblo presente, verdaderamente reunido, y, por tanto, con lo político; esto puede afirmarse incluso de la obra de F. Tönnies, *Kritik der öffentlichen Meinung,* Berlín, 1922, que, por lo demás, constituye la más importante investigación sociológica sobre el tema.

La especial conexión de la Democracia con la opinión pública fue tratada con detalle por James Bryce en los capítulos 76-86, t. III, de su *American Commonwealth.* El imperio de la opinión pública es, para él, verdadera Democracia. Los métodos de su fijación son todavía inseguros; es con frecuencia una cosa misteriosa y sólo se da en pueblos políticamente interesados y homogéneos. Ha solido decirse que en los pueblos anglosajones, a diferencia de otras muchas Democracias, hay verdadera opinión pública. Dicey, *Law and public opinion in England* (1905), proclama precisamente para Inglaterra la inmediata y sólida conexión entre Legislación y opinión pública, que no encuentra paralelo ninguno. Sin embargo, desde hace algunos años ha comenzado también en los escritos de autores anglosajones una viva crítica, respecto de la cual debe citarse el interesante libro de Lawrence Lowell, *Public opinion and popular government,* 1.ª ed., 1913; 4.ª ed., 1921. La cuestión está en saber si la opinión pública puede seguir existiendo como entidad unitaria cuando un concepto como «clase» concurre seriamente con el de pueblo y pone en peligro la homogeneidad. El portador de la opinión pública, que continúa siendo una figura algo mística, pero no por eso menos importante, pierde entonces su esencia y se hace problemático. Antes podía hablarse del «hombre de la calle» *(the man on the street);* pero en cuanto que este hombre se convierte en un proletario con conciencia de clase, cambia su naturaleza. Lo mismo puede decirse de los otros tipos de ese mundo de representaciones, el «simple trabajador», «Jacques Bonhomme», etc. Tales figuras, por lo demás, reciben fácilmente algo de romántico-idílico; pero con eso se despolitizan y, en consecuencia, se desdemocratizan; así, en el artículo de Arthur Feiler, *Frankfurter Zeitung,* de 23 de junio de 1927 *(Die Völker un die Staatsmänner):* «En todas partes, lo único que reclaman de la vida los pueblos es esto: un poco de sol, un poco de Naturaleza, etc.» Un semejante portador de opinión pública es, en esencia, hombre privado o particular, y frente a las cuestiones políticas sólo tiene el deseo de no tener relación con la política, honroso y simpático deseo, pero cuyo cumplimiento por desgracia no expulsa la política del mundo ni contesta a ninguna cuestión política.

Lo inaprensible e inorganizable de tales representaciones democráticas de la opinión pública se muestra en que la regulación de la ley constitu-

cional emplea conceptos para cuya indeterminación jurídica debe evitarse deliberadamente una fijación precisa, normativa. Así, se dice en el artículo 54, C. a.: «El Canciller y los Ministros necesitan para el ejercicio de su cargo la *confianza* del Reichstag.» El artículo 57 de la Constitución prusiana de 1920 dice que el Gobierno necesita la *confianza* del *pueblo*. Por lo demás, las instituciones y procedimientos legales no pueden organizar y abarcar exhaustivamente a la opinión pública, pero sí servir para dar cauce y eficacia a su expresión y crear un valor de síntoma por encima de su contenido oficial. El resultado de una elección o votación tiene siempre junto a su significación inmediata de contenido —determinación de un diputado o respuesta a una cuestión propuesta— esta otra significación todavía, si bien muy disminuida por los métodos del sufragio secreto, por la dependencia respecto de las listas de candidatos propuestas y por el planteamiento de la cuestión. Tal puede ser la situación, que la opinión pública sólo acierte a expresarse mediante la *abstención* del sufragio. Los métodos legales nunca apresan más que un único momento. Pero, en todo caso, pertenece a la esencia de una Democracia auténtica el que sea observado de manera leal el valor sintomático de elecciones y votaciones populares. Sólo ocasionalmente —sobre todo, contra injusticia manifiesta y bajo la impresión de la corrupción política— se producen manifestaciones unánimes de la voluntad popular, que, como tales, no pueden desconocerse, y que tienen el carácter de una auténtica aclamación. De esto fue un ejemplo la protesta del pueblo alemán contra la extradición de los llamados delincuentes de guerra en el año 1920. En algunos casos, los métodos legal-constitucionales impiden la aclamación. Así en la votación del pueblo alemán sobre la expropiación de los bienes de las antiguas familias reinantes, en junio de 1926, no tuvo lugar una aclamación —que en sí misma era evidente— porque la prescripción del art. 75, C. a., hacía posible y hasta inducía a los adversarios de la expropiación a quedarse en casa (arriba, pág. 236). En la práctica inglesa se han llegado a considerar como síntomas reconocidos y dignos de ser observados, si se procede con lealtad, los resultados de *segundas vueltas* y *reelecciones* y de grandes *elecciones municipales*. En el Reich alemán no tienen ya lugar, a consecuencia del sistema de listas de la representación proporcional, segundas vueltas y reelecciones, habiendo desaparecido así esa importante posibilidad y control; las elecciones al Landtag en países pequeños y las elecciones municipales no pueden ofrecer ningún sustitutivo. La consecuencia jurídico-política más importante de la consideración de la opinión pública que aquí se discute afecta al instituto jurídico de la disolución del Parlamento. Esta institución recibe de ahí el carácter de institución *normal;* pierde el aspecto de cosa extraordinaria, en conexión con ideas de conflicto o acaso golpe de Estado, según está todavía en el recuerdo desde los tiempos de la Monarquía constitucional. Para la interpretación jurídico-positiva de una determinación legal-constitucional, como el artículo 25, C. a. (disolución del Reichstag por el Presidente del Reich), es decisivo el que la disolución sea o no considerada como algo anormal.

IV. *Ojeada sobre las significaciones de la palabra «pueblo» para una moderna Teoría de la Constitución.*

1. Pueblo como magnitud *no formada,* no regulada en ley constitucional:

a) Pueblo como sujeto del Poder constituyente (págs. 95, 234).

b) Pueblo como portador de la opinión pública y sujeto de aclamaciones (pág. 237).

c) Pueblo como aquellos que no gobiernan o no son autoridades (en lo que se relaciona con la iniciativa popular, pág. 236).

2. Pueblo como entidad organizada y *formada por ley constitucional,* siendo de observar que aquí, en realidad, no es el pueblo el formado y organizado, sino que existe sólo un procedimiento para las elecciones o la votación, y la voluntad del pueblo surge sólo como resultado de un sistema de vigencias o acaso ficciones (pág. 235). Entonces Pueblo equivale a mayoría simple o cualificada de los electores que hayan emitido el sufragio.

Las otras significaciones de la palabra «Pueblo» (Pueblo = población, Pueblo = todos los súbditos del Estado, Pueblo = Nación = Estado) no requieren aquí ser discutidas. Jos. Held enumera en su *System des Verfassungsrecht,* Würzburg, 1856, I, páginas 109 y sigs., nueve significaciones. Lo interesante en su enumeración (frente a otros intentos, p. ej., Hans Liermann, *Das deutsche Volk al Rechtsbegriff im Reichsstaatsrecht der Gegenwart,* Berlín y Bonn, 1927) consiste en que Held reconoce el sentido peculiar de la palabra, que estriba en lo negativo; pertenecen al pueblo aquellos que *no* gobiernan y *no* son autoridades o magistrados, etc. (arriba, pág. 236).

§ 19

CONSECUENCIAS DEL PRINCIPIO POLITICO DE LA DEMOCRACIA

I. Tendencias generales que se explican por el esfuerzo de realizar la *identidad* democrática.

1. El mayor número posible de personas con derecho a voto, rebaja de la edad electoral, voto femenino.

2. Decisión por una mayoría lo más grande posible de votantes, es decir, aproximación al ideal de la unanimidad. Esta idea contiene, sin embargo, un equívoco, y se explica, en lo esencial, porque mediante los métodos del individualismo liberal (sufragio secreto) y —desde Condorcet— mediante la mentalidad matemática de simple cuenta de resultados de votación, ha venido a oscurecer el concepto específicamente político de Democracia una representación puramente cuantitativa, aritmética.

También se aclara bien esto con el punto de vista de Kelsen (*Wesen und Wert der Demokratie,* 1920), para el que la justicia de la Democracia se basa en que es más justo que dominen, de cien hombres, 90 sobre 10, que 10 sobre 90. Aquí ha desaparecido por completo el sentido político de la Democracia; la cuestión de la sustancia de la igualdad democrática no se plantea ya. En Rousseau, por el contrario, es todavía muy fuerte la conciencia de esa diferencia; él sabe todavía que no es democrático que noventa hombres corrompidos dominen sobre diez hombres honestos, y que cuando desaparece la sustancia de la democracia —para Rousseau, la *vertu*— ni aun siquiera la unanimidad de todas las resoluciones sirve de nada. De la voluntad de cien hombres con mentalidad de esclavos no resulta, ni en caso de unanimidad, ninguna voluntad libre; una voluntad apolítica de mil hombres políticamente indiferentes no produce en su adición ninguna voluntad política que merezca legítima consideración.

3. La mayor extensión posible de los métodos de *elección directa* para la determinación de magistrados y autoridades, y la *repetición* lo más fre-

cuente posible de esas elecciones, turno electoral rápido, mandatos breves, *posibilidad de deponer* a los magistrados elegidos, fácil *disolución* de los cuerpos elegidos. Sobre el doble significado de la elección, abajo, pág. 250.

4. La mayor extensión posible de decisión *objetiva* inmediata por los ciudadanos con derecho a voto (referéndum).

II. *El ciudadano en la Democracia.*

1. El concepto de ciudadano pertenece a la esfera política. El ciudadano en la Democracia es *citoyen,* no particular o burgués.

La palabra alemana *Bürger* comprende ambas significaciones: *citoyen* y *bourgeois.* El contraste de ambas significaciones es, sin embargo, tan grande como la diferencia de un liberalismo apolítico, ético-económico, respecto de la Democracia, que es un puro concepto político. La primera y más importante manifestación sobre el *Bourgeois* como concepto contrapuesto al de ciudadano, *Staatsbürger,* que existe en la esfera de lo político, se encuentra en el joven Hegel, en el escrito sobre las formas de tratar científicamente el Derecho natural, 1802 (edición de Lasson, pág. 383): «Se determina según esto la potencia de esa clase (el *Bourgeois)* de modo que en la posesión, y en la justicia que sobre la posesión es posible, se encuentra que... todo individuo capaz, en sí, de una posesión, se sostenga contra todos, como generalidad o como ciudadano, en el sentido de *bourgeois:* para la «nulidad» política, según la cual los miembros de esta clase son personas privadas, el sustitutivo se encuentra en los frutos de la paz y de la industria, y en la completa seguridad del goce de los mismos, tanto a partir del individuo como de la totalidad de los individuos. Pero la seguridad emana del Todo para cada individuo, en tanto que se encuentra dispensado de la valentía y exento de la necesidad, que es propia de quien pertenece a la clase alta (los libres y nobles, cuya ocupación es ηολιτεὺειν), de arriesgarse a una muerte violenta, peligro que para los individuos es la inseguridad absoluta de todo goce y posesión y derecho.» Para mostrar la honda conexión de esas frases con la filosofía alemana de la generación post-kantiana, baste citar una expresión de Fichte: «La humanidad se divide en dos grandes ramas: los que tienen propiedad y los que no la tienen.» Los primeros no *son* el Estado, sino que *sostienen* el Estado, «y el último está de hecho a su servicio». «Es indiferente al poseedor quién le proteja, con tal de que se le proteja; la única consideración es: al menor coste posible. El Estado es para el propietario un mal necesario, y todo mal debe reducirse en lo posible» *(Staatslehre,* 1813, Obras, IV, pág. 404). En tales pensamientos tiene también sus raíces el juicio que Lorenz von Stein emite sobre la burguesía (abajo, pág. 298). Cuando J. Löwenstein, en su valioso libro sobre la idea del Estado de Hegel *(Philosophische Forschungen,* ed. de K. Jaspers, cuaderno 4, Berlín, 1927, pág. 127), encuentra las raíces del movimiento socialista en Alemania no en la miseria social de las masas ni menos en el problema económico de la producción y distribución de los bienes, sino en la crítica de la cultura y de la época, estoy de acuerdo con él, pero con esa totalización por parte de la conciencia *política* que ve el enemigo en el burgués.

2. *Igualdad* general *ante la Ley,* es decir, supresión y prohibición de todos los privilegios a favor o en perjuicio de ciudadanos individuales o ciertas clases y situaciones sociales. Tales privilegios no pueden ser introducidos por medio de una ley, ni tampoco podrían fundarse en una ley

de reforma de la Constitución. En eso consiste la fundamental significación del postulado de que todos los ciudadanos son iguales ante la ley (artículo 109, C. a.). Esto quiere decir, sobre todo:

a) Igualdad del *status* político: participación igual de todos los ciudadanos en elecciones y votaciones que se refieran a todo el Estado, es decir, derecho al sufragio igual. Las otras particularidades y métodos de ese derecho electoral: sufragio directo, sistema de representación proporcional, voto secreto, no resultan de los principios democráticos, sino de otras reflexiones, en parte de la justicia en general, y en parte de la justicia en el sentido del individualismo liberal.

b) El derecho de sufragio no es un derecho en el sentido de encontrarse a la libre disposición del individuo (como el secreto electoral, cuya condición heterogénea se muestra bien en ese contraste); pero no es un simple «reflejo» de la ley constitucional, sino una función pública, y, por consecuencia lógica, un *deber,* porque no es ejercitado por el individuo como particular, sino como ciudadano y, por lo tanto, en virtud de un *status* de Derecho público. Sin embargo, la mayor parte de los Estados democráticos no han sacado en sus leyes electorales la consecuencia del deber de sufragio.

Ejemplo de deber electoral: Constitución belga, art. 48, 2 (según la revisión constitucional de 1893): *Le vote est obligatoire.* El cumplimiento de ese deber está protegido por penas; comp. Errera, *El Derecho político del Reino de Bélgica* (ed. alemana, pág. 99). Otros ejemplos: Esmein-Nézard, I, pág. 367; W. Hasbach, *Die moderne Demokratie,* pág. 329. Literatura: Stier-Somlo, *Grundriss,* I, pág. 546.

c) Servicio militar obligatorio, más exacto: el derecho y el deber de todo ciudadano de defender, con arreglo a su aptitud, al Estado y su ordenación, hacia el interior y el exterior con las armas en la mano. Así como no hay una Democracia auténtica sin sufragio universal, tampoco la hay sin servicio militar obligatorio. El art. 133, C. a. («El servicio militar se rige con arreglo a las prescripciones de la ley de la Defensa del Reich —ejército—»), garantiza un principio esencial, pues reserva la posibilidad de que todo alemán sea obligado al servicio militar a medida de la ley. Según el artículo 178, 2, C. a., prevalecen, sin embargo, las prescripciones del Tratado de Versalles (en cuyo art. 173 queda abolido el servicio militar obligatorio en Alemania). La práctica de aquella institución democrática queda así impedida, si bien esta prescripción de un pacto internacional no cambia, según antes (pág. 90) se explicó, la Constitución alemana.

d) Igualdad ante los cargos públicos obligatorios y los servicios personales obligatorios (arts. 132-133, C. a.).

e) Obligación igual de impuestos y gabelas. Artículo 134, C. a.: «Todos los ciudadanos, *sin distinción,* cooperan en proporción a sus medios y con arreglo a las leyes al sostenimiento de las cargas públicas.»

f) Ausencia de limitaciones de la elegibilidad y ausencia de incompatibilidades. A consecuencia de la igualdad de todos los ciudadanos ante la

ley, es imposible excluir en una Democracia grupos de ciudadanos del acceso a ciertos cargos, funciones, y, sobre todo, de la elegibilidad. Tampoco es admisible una incompatibilidad parlamentaria en sentido propio (a distinguir de la inelegibilidad), pues ella significa que ciertos ciudadanos son elegibles, pero cuando son elegidos tienen que renunciar, o bien a su actual puesto o actividad, o bien a su mandato. Por lo demás, en tanto que se reconozca un *status* especial dentro del *status* ciudadano general en los que pertenezcan a la situación de soldados, son posibles limitaciones de la elegibilidad e incompatibilidades. Lo mismo puede decirse respecto de funcionarios cuando tengan también un *status* especial, si bien parece faltar en Alemania —según antes, pág. 184, se mostró— el sentido para dicha consecuencia. Por el contrario, apenas sería posible en una Democracia fundar legalmente incompatibilidades *económicas* y disponer para los pertenecientes a ciertas profesiones económicas, banqueros, síndicos, etc., que no puedan ser al mismo tiempo diputados, según se intenta hoy en algunos Estados, para lograr una independencia social y económica de los diputados, atribuyendo otra vez una significación a la «independencia» legal-constitucional del diputado (art. 21, C. a.). Si se prescinde de las dificultades prácticas de semejante intento y de las muchas posibilidades de burlarlo, la dificultad teórica consiste, sobre todo, en que una ley que dispusiera tales incompatibilidades económicas tropezaría con la igualdad democrática ante la Ley.

Acerca de las grandes reflexiones que en una Democracia se oponen a la admisión de incompatibilidades económicas: J. Barthélemy, *Revue du Droit public,* 1922, páginas 125 y sigs. La única vez que la literatura científica alemana se ha ocupado de esa importante cuestión ha sido en la ya citada Disertación de Werner Weber, en Bonn, 1928.

3. *La igualdad del Derecho privado* domina, según los principios democráticos, sólo en el sentido de que las leyes de Derecho privado valen igual para todos, pero no en el sentido de la igualdad *económica* de los bienes, propiedades o ingresos privados. La Democracia, como concepto esencialmente político, sólo afecta en sus consecuencias y aplicaciones al Derecho público. Sin embargo, se deduce del carácter esencialmente político de la Democracia la incondicional primacía de lo público sobre lo privado. Tan pronto como la desigualdad económica o el poder social de la propiedad privada estorbe o ponga en peligro la igualdad política, puede hacerse políticamente necesario suprimir por ley o por medidas tales estorbos o peligros. Frente a esta necesidad, la invocación al carácter sagrado de la propiedad privada no sería democrática; correspondería a los principios del Estado burgués de Derecho, cuyo sentido específico es el de frenar las consecuencias de un principio político como la Democracia, convirtiendo a ésta en una Democracia constitucional, es decir, limitada por la ley constitucional.

III. *Las autoridades* (métodos democráticos para determinar las autoridades y funcionarios).

1. Igualdad de todos los ciudadanos, es decir, igual acceso a todos los cargos; siendo necesaria una cualificación objetiva y una cierta formación profesional o técnica, la igualdad existe sólo bajo el supuesto de igual aptitud (art. 128, C. a.). Para las comprobaciones exigibles de quien posee la formación profesional y técnica no pueden existir privilegios de clase o posición social, ni tampoco desigualdades encubiertas por un *numerus clausus* o de otra manera. El acceso igual a los cargos públicos despoja también a la burocracia profesional del carácter de institución antidemocrática. Sin embargo, la formación de una jerarquía de funcionarios podía llevar a contradicción con la igualdad democrática de los ciudadanos y a que se constituyera una especie de clase inadmisible, si los puestos superiores de esa jerarquía de funcionarios salieran de la propia burocracia profesional exclusivamente. Por el contrario, no hay contradicción cuando asumen los puestos supremos comisarios que actúan en ese puesto, llamados, no como funcionarios profesionales, pudiendo ser o no ministros de Departamento. Lo esencial para una Democracia es que la actividad rectora del Gobierno siga dependiendo de la voluntad y confianza del pueblo. Por eso, las garantías institucionales de la Constitución de Weimar (arts. 120, 130), que protegen por ley constitucional a la burocracia profesional (arriba, pág. 184), son compatibles con los principios democráticos.

2. Determinación del funcionario o jefe.

a) Por *sorteo.*

En la determinación por sorteo, la igualdad queda asegurada del mejor modo, pero, en cambio, excluye la posibilidad de una diferenciación según la aptitud del caso. Ese método no se practica hoy ya. Tuvo aplicación en medida muy amplia en la Democracia ateniense. Platón *(Politeia,* ed. de Apelt, pág. 313) ve ahí, incluso, una definición de Democracia: «La Democracia surge cuando los pobres, lograda la victoria, ejecutan a una parte de los adversarios, destierran a otra parte, pero con los demás comparten en plena igualdad la administración del Estado y de los campos y dejan que la suerte determine la autoridad de entre la parte predominante.» Fustel de Coulanges, *La cité antique,* es de opinión de que la determinación de los funcionarios por sorteo no responde al pensamiento de la igualdad democrática, sino a un motivo religioso. Pero también Aristóteles, *Constitución de los ateniense,* 22, 5, considera la determinación por sorteo como el método democrático, en contraste con la determinación por elección, que considera método aristocrático.

b) Por *elección.* En comparación con el sorteo, la determinación por elección es, como Platón y Aristóteles dicen, un método aristocrático. Pero en comparación con el nombramiento por una instancia superior, o con una determinación en vías hereditarias, puede aparecer como algo democrático. En la elección se encuentran las dos posibilidades; puede tener el sentido aristocrático de una elevación del mejor y del jefe, o el sentido democrático de la designación de un agente, comisario o servidor; el elector puede aparecer frente al elegido como subordinado o como supraordinado; la elec-

ción puede ser un medio, tanto del principio de la representación, como del de la identidad (arriba, pág. 217). En el siglo XIX, a causa del contraste con la sucesión hereditaria de la Monarquía o de la condición de miembro de una Cámara alta, se consideró la elección como el método democrático, con lo que también se explica que todavía hoy se defina la Democracia como una formación estatal apoyada en el derecho de sufragio universal (así, la definición de R. Thoma, arriba, pág. 216). Pero hay que distinguir qué sentido tiene en realidad la elección. Si ha de dar base a una representación auténtica, entonces es un medio para el principio democrático; si significa tan sólo la designación de un comisario dependiente, entonces puede considerársela como un método específicamente democrático. Sobre la Democracia representativa, apoyada en la elección, arriba, pág. 217. La lógica democrática lleva a la supresión de elecciones y a la votación de los asuntos por el pueblo en su identidad de cada momento.

c) El *nombramiento* de los funcionarios por una autoridad superior suele considerarse como un método antidemocrático. Si es indispensable, a causa de las exigencias de un establecimiento dirigido y ordenado técnicamente, y según los principios de la burocracia profesional, surgen entonces otros diversos métodos llamados a corregir y modificar en un sentido democrático aquel método autoritario: por ejemplo, dependencia de los órganos supremos de cada jurisdicción, es decir, del ministro, respecto de la confianza del pueblo o de la Representación popular; además, la rectificación del sistema de nombramiento adjuntando profanos que actúen honorariamente: jurados y escabinos en los tribunales, profanos en las comisiones administrativas y tribunales administrativos. La participación de profanos significa una participación del pueblo, con lo que «pueblo» adopta el sentido negativo antes desarrollado de que pertenecen a él, ante todo, los que *no* son funcionarios profesionales.

Cuando Rodolfo Gneist, en su famosa concepción de la administración autónoma (*Selfgovernment, Kommunalverfassung und Verwaltungsgericht in England,* 3.ª edición, 1871), colocaba la administración autónoma, como actividad honoraria, en contraste con la actividad de los funcionarios profesionales, esto en él no respondía a un pensamiento democrático, sino liberal. Mediante los cargos honorarios debían ser aproximadas las clases poseedoras e ilustradas, realizándose así una integración de la sociedad en el Estado. Pero propiamente no es el pueblo como tal quien había de participar en la administración del Estado mediante ese acercamiento a los cargos honorarios, sino que se trataba de asegurar el Estado burgués de Derecho. El cargo honorario es, para Gneist, el «punto de Arquímedes del Estado de Derecho».

§ 20

APLICACIONES DEL PRINCIPIO POLITICO DE LA DEMOCRACIA A LOS DISTINTOS TERRENOS DE LA VIDA DEL ESTADO

I. *Democracia y Legislación.*

1. *El concepto democrático de Ley* es un concepto político, no un concepto de ley propio del Estado de Derecho; arranca de la *potestas* del pueblo y proclama que ley es lo que el pueblo quiere; *lex est quod populus jussit;* comp., arriba, § 13, pág. 149. Frente a esa *voluntad*, no hay frenos ningunos según los principios democráticos. Son posibles injusticias e incluso desigualdades; la desigualdad podría sólo negarse, en tanto que se concibiera la igualdad en un sentido absolutista de que todos se encuentran sometidos por igual manera a esa voluntad, cual es también el caso, sin embargo, en la Monarquía absoluta. El concepto de ley propio del Estado de Derecho, que transforma la Democracia en una Democracia constitucional, es el que hace posibles aquí garantías contra injusticias y desigualdades. También hace posible la distinción entre leyes y otros actos estatales, pues en la Democracia absoluta la voluntad del pueblo es soberana, y no sólo ley suprema, sino también suprema decisión judicial, acto de la suprema autoridad administrativa, etc.

2. *Procedimiento legislativo* de la Democracia *directa.* El acuerdo de ley tiene lugar bajo la cooperación directa de todos los ciudadanos con derecho a voto. Lo directo de la participación puede tener diversos grados y diverso volumen. Por eso, hay que distinguir diversas especies de procedimiento legislativo en la Democracia directa:

a) *Procedimiento de legislación popular* en sentido propio, es decir: el procedimiento legislativo comienza por una *iniciativa popular,* y el acuerdo de ley se adopta por una *votación popular.* Este procedimiento legislativo popular se caracteriza porque en él no participan, o participan sólo

como órganos auxiliares, las *autoridades* del Estado y la *Representación* popular.

El art. 73, 3, C. a., contiene un auténtico procedimiento de legislación popular, es decir, un referéndum introducido por iniciativa popular. Sin embargo, se encuentra prevista para este procedimiento de legislación popular de la Constitución de Weimar una *derivación* en el procedimiento legislativo ordinario: el proyecto de ley propuesto en vías de la iniciativa popular es sometido por el gobierno al acuerdo del Reichstag, y el referéndum no tiene lugar sobre la iniciativa popular cuando el Reichstag acepta sin modificaciones la ley iniciada. Las otras posibilidades de referéndum constitucionalmente previstas, pero no pertenecientes al procedimiento de legislación popular, siguen existiendo frente a ese acuerdo de ley del Reichstag. El Presidente del Reich puede, por lo tanto, incluso en ese caso, disponer un referéndum, art. 73, 1; es posible un veto de la minoría del Reichstag y una subsiguiente decisión popular por referéndum, art. 73, 2, etc. Pero si el Reichstag *no* acepta el proyecto de ley propuesto en vías de la iniciativa popular, entonces ha de celebrarse un referéndum, y este referéndum es ahora sobre la *iniciativa* popular. A pesar de aquella desviación en el procedimiento legislativo ordinario por acuerdo del Reichstag (art. 68, C. a.), hay aquí un procedimiento de legislación popular auténtico, aunque delimitado y desviable.

Este procedimiento de legislación popular es prácticamente imposible como procedimiento normal de la legislación en un Estado moderno. En el actual Estado de Derecho, de Constitución democrática, por lo tanto en la Democracia constitucional, hay que considerar, sin embargo, el procedimiento de legislación popular como un procedimiento extraordinario, también teoréticamente, porque la Democracia constitucional se basa en modificar las consecuencias de la Democracia pura y colocar en lugar de la voluntad popular absoluta y directa, competencias normales. Pero el pueblo no puede ejercitar competencias ordinarias sin dejar de ser pueblo. La ley surgida en vías de un procedimiento de legislación popular es también ley en el sentido de la regulación constitucional, es decir, ejercicio de una competencia legislativa, y no un acto del Poder constituyente del pueblo. Por eso, en las prescripciones legal-constitucionales sobre iniciativa popular y referéndum se encuentra supuesto el concepto de ley del Estado burgués de Derecho (§ 13, pág. 149), y una iniciativa popular sólo es lícita para una ley en este sentido, no para actos de soberanía al arbitrio. Sin embargo, aquí se hará sentir con especial fuerza el valor de síntoma (arriba, § 18, pág. 244). Una ley surgida con gran o inmensa mayoría en vías del procedimiento de legislación popular, ha alcanzado la aclamación del pueblo y puede representar un acto auténtico de soberanía y romper el marco de la normación del Estado de Derecho por la fuerza de lo político.

b) Acuerdo de ley por decisión popular a iniciativa del Gobierno.

El procedimiento según el cual el Gobierno dependiente de la confianza del pueblo somete directamente a su decisión un proyecto de ley sin que una representación popular entienda en él como cuerpo legislador, es raro en la Democracia moderna. La Constitución de Weimar no conoce ese procedimiento. En la Democracia pura, en que magistrado y pueblo verdaderamente reunido se enfrentan, es ése el procedimiento legislativo normal. Según el Derecho político romano, por ejemplo, el magistrado plantea en la Asamblea popular la cuestión *(vos rogo, quirites),* a la que se contesta con «sí» *(uti rogas)* o «no». Así Mommsen, *Römisches Staatsrecht,* III, 1, 1887, pág. 304: «Falta, pues, tanto al cuerpo de los ciudadanos como a los ciudadanos en particular la iniciativa; pueden sólo contestar, pero no plantear al magistrado por su parte la

cuestión de si está de acuerdo con esto o aquello. Con ese procedimiento no se puede ir tampoco más allá del simple Sí o No, o del nombramiento de ciertas personas. Preguntar al ciudadano, no si quiere esto o no lo quiere, sino qué quiere, es jurídicamente lícito, pero sólo practicable en casos de excepción» (comp. abajo, pág. 268).

c) *Referéndum* en el sentido estricto, es decir, votación popular sobre confirmación o no confirmación de un acuerdo del Cuerpo legislativo. La expresión «referéndum» se reservará adecuadamente para el caso en que se someta a los ciudadanos con derecho a voto, para su decisión definitiva, un acuerdo de la Representación popular. No es recomendable designar como referéndum indistintamente todos los casos de votación popular (iniciativa popular, plebiscito, etc.). Pertenece al concepto de referéndum el que se encuentre contenida en él la decisión sobre una confirmación.

Casos de referéndum:

aa) Referéndum *general obligatorio.*

En este procedimiento, la ley surge mediante acuerdo de un cuerpo deliberante que fija el *proyecto,* y mediante la confirmación de ese acuerdo por el cuerpo electoral.

Ese procedimiento es raro, por razones prácticas. Aun allí donde se le reconoce como el método democrático más importante y consecuente en principio, como en la Constitución jacobina de 1793, se le hace depender por razones prácticas de cualquier iniciativa, mientras que, en lo demás, se *supone* el asentimiento de los ciudadanos con derecho a voto cuando esa iniaciativa no se produce. Así, el art. 59 de la Constitución de 1793: Cuando cuarenta días después del envío del proyecto de ley a todos los municipios, no hayan suscitado reclamación ninguna en más de la mitad de los departamentos una décima parte de las asambleas de los primitivos electores, se considera aceptado el proyecto y queda convertido en ley.

bb) Referéndum *obligatorio para determinadas clases* de *ley,* sobre todo para revisiones constitucionales; en lo demás, referéndum facultativo.

Ejemplo: Constitución federal suiza de 29 de mayo de 1874, referéndum obligatorio para leyes constitucionales, art. 123: «La Constitución federal revisada o, en su caso, la parte revisada de la misma, entra en vigor cuando la acepta la mayoría de los ciudadanos que participen en la votación, y la mayoría de los Cantones.» Por el contrario, para leyes ordinarias, sólo referéndum facultativo: art. 89, 2: «Las leyes federales, así como los acuerdos federales generalmente obligatorios que no tengan carácter urgente, deben ser sometidas además (esto es, a más del asentimiento exigido de ambos Consejos, nacional y de Estados) a la aceptación o recusación del pueblo, cuando así lo exijan treinta mil ciudadanos suizos con derecho a voto, u ocho Cantones.» Igualmente, según el párrafo 3, los tratados con el extranjero que se concierten por tiempo indeterminado o por una duración superior a quince años (párrafo 3, aceptado en referéndum de 30 de enero de 1921 sobre la base de una iniciativa popular).

cc) Referéndum *facultativo.*

Aquí se suscita la cuestión de a quién compete la *iniciativa* del referéndum. Pueden ser: el mismo *cuerpo legislativo,* que tiene interés en someter a la confirmación

de los electores su acuerdo; el *Gobierno,* el *Presidente de la República,* una *minoría* del cuerpo legislativo, y una *parte de los ciudadanos* con derecho a voto (este último caso implica una *iniciativa popular de referéndum,* a diferencia del citado en *a),* que supone una iniciativa popular para introducir un procedimiento de legislación popular); en los Estados federales, también los *Países* o *Cantones* (comp. el ejemplo de la Constitución federal suiza en *bb).*

La *Constitución de Weimar* conoce las siguientes posibilidades de una iniciativa de referéndum: referéndum dispuesto por el *Presidente del Reich* (art. 73, 1 y 3); referéndum a propuesta de una vigésima parte de los *electores* frente a una ley cuya publicación se haya suspendido a propuesta de un tercio, al menos, del Reichstag (artículo 73, 2); referéndum a petición del *Reichsrat,* cuando el Reichstag haya acordado contra su veto una ley de reforma de la Constitución (art. 76, 2). En la facultad del Presidente del Reich de disponer un referéndum se encuentra, tanto la facultad general de disposición frente a toda ley acordada por el Reichstag, según el art. 73, 1, como también la facultad especial de disposición para decidir una divergencia de opinión entre Reichstag y Reichsrat del art. 73, 3. Así, la ley sobre referéndum de 27 de junio de 1921 *(Gac.,* pág. 790) puede enumerar cinco casos de referéndum contando ahí la decisión popular a base de iniciativa popular. Todavía, sin embargo, añade el § 3 de esta ley (de reforma de la Constitución) un sexto caso: cuando tiene lugar una decisión popular sobre iniciativa popular es objeto de referéndum, no sólo la ley iniciada, sino también la que, aprobada por el Reichstag, se rechaza.

d) Limitaciones y excepciones. En algunas Constituciones democráticas se encuentran excluidos del referéndum ciertos asuntos, o se halla limitada la disposición de un referéndum.

Según el art. 73, 4, C. a., sólo el Presidente del Reich puede convocar a referéndum sobre el presupuesto, leyes de impuestos y escalas de sueldos. Esa limitación puede considerarse válida para todas las *leyes económicas;* sobre esto, Carl Schmitt, *Volksentscheid und Volksbegehren,* 1927, págs. 14 y sigs.; sobre limitaciones en las leyes constitucionales de los Países, allí mismo, pág. 15. Sobre la cuestión de la limitación de la *iniciativa* popular: abajo, 4 c, pág. 257. Limitación por *declaración de urgencia,* arts. 72, 73, C. a., comp. pág. 269.

3. Aprobación de la ley por *acuerdo* de una *representación popular elegida* por los ciudadanos, cuya voluntad aparece como la de todo el pueblo (arts. 21 y 68, 2, C. a.). Aquí se coloca el principio de la representación en lugar del principio democrático de la identidad; la cooperación y participación de los ciudadanos con derecho a voto sólo puede tener lugar *indirectamente.*

a) El llamado mandato imperativo, es decir, la dependencia del diputado respecto de instrucciones y órdenes de los electores, suprimiría el carácter representativo de la Representación popular, pero no sería un medio adecuado para la realización del principio democrático. Pues contradiría también al pensamiento político de la Democracia misma, ya que el diputado, por estar ligado a la voluntad eventual de *sus* electores, no dependería de la voluntad de todo el pueblo, sino de la voluntad de una *parte* de los ciudadanos con derecho a voto. La consecuencia de ese mandato imperativo sería entonces que habría que introducir un especial sistema de con-

tinua votación de los electores de cada distrito o, en el sistema de representación proporcional con listas de partido, de todo el país. Entonces se votaría continuamente, pero no por el pueblo como unidad. También en esto se ve que el pueblo no puede ser representado, según sostuvo Rousseau con razón. El pueblo, o bien está presente por completo, o no lo está; en cuyo caso, lo representado no será el pueblo, sino la unidad política como un todo. El pensamiento de la representación contradice el principio democrático de la identidad del pueblo presente consigo mismo como unidad política. Pero un mandato imperativo al estilo medieval, con dependencia del diputado respecto de instrucciones y órdenes de organizaciones y partidos estamentales y de otra especie, contradiría tanto al pensamiento de la unidad política como también al supuesto democrático fundamental, la homogeneidad sustancial de un pueblo, cuya unidad natural y política hace considerarle como idéntico.

b) Si un cuerpo representativo —por consiguiente, desligado de mandatos— es la instancia legislativa ordinaria, entonces sólo puede alcanzarse una influencia y consideración de la voluntad directa de los ciudadanos con derecho a voto, haciendo de la *disolución* de ese cuerpo legislativo un elemento normal de la organización del Estado.

La disolución puede ser practicada:

aa) Por disposición del Jefe del Estado, y, en el Estado de Derecho con distinción de poderes, del jefe del Ejecutivo; así, el art. 25, C. a.: «El Presidente del Reich puede disolver el Reichstag.» El derecho de disolución monárquico tiene otra estructura, y no es aquí del caso (abajo, página 336).

bb) Por un acuerdo del Ministerio (que, por lo demás, depende de la confianza del cuerpo a disolver); así, la práctica inglesa, que, sin embargo, adopta formalmente el camino de una disolución por disposición del Jefe del Estado, es decir, por Real decreto. La Constitución de Oldenburgo de 17 de junio de 1919, § 55 (disolución del Landtag por el Ministerio), conoce un derecho formal de disolución del Gobierno.

cc) A petición de una parte de los ciudadanos con derecho a voto y mediante decisión popular, así pues: *iniciativa popular para la disolución de la Representación popular* por referéndum; así, numerosas Constituciones de países alemanes, por ejemplo, Constitución prusiana de 30 de noviembre de 1920, arts. 6 y 14; otros ejemplos en O. Koellreuter, *Das parlamentarische System in den deutschen Landesverfassungen,* Tubinga, 1921, página 7, nota 2.

dd) Autodisolución por acuerdo propio de la Representación popular; así, varias Constituciones de Países alemanes, por ejemplo, Constitución prusiana, artículo 14; otros ejemplos, Koellreuter, ob. cit., pág. 9.

4. Iniciativa democrática *de la ley.* La iniciativa de la ley es, por su misma naturaleza, también en una Democracia, asunto del Gobierno (arriba, pág. 236). Es cierto que el Gobierno puede compartir el derecho de iniciativa de la ley con otros órganos, pudiendo existir en particular la ini-

ciativa popular y el derecho de iniciativa del cuerpo legislativo (por ejemplo, art. 68, C. a.); pero no puede haber *ningún Gobierno sin iniciativa*.

a) La lucha de la Representación popular contra el gobierno monárquico llevó a introducir una iniciativa de ley de la *Representación popular*, es decir, del cuerpo legislativo mismo. A esto corresponde el art. 68, C. a., según el cual las propuestas de ley son presentadas por el Gobierno, *o del seno del Reichstag*. En la medida en que desaparece el punto de vista de la lucha contra el gobierno monárquico cabe volver a limitar esa iniciativa de ley de la Representación popular. Puede hacerse limitando legal o reglamentariamente la iniciativa individual de cada diputado. Así, el derecho de iniciativa «del seno del Reichstag», según el art. 68, C. a., sólo puede ser ejercido por quince diputados (el número de una fracción) a consecuencia del § 49 del Reglamento del Reichstag de 12 de diciembre de 1922. Además de esto, se han establecido limitaciones para las *leyes económicas;* aquí puede notarse una línea evolutiva que conduce a limitar al menos la *iniciativa* de gastos de la Representación popular en las leyes económicas.

El art. 85, 2, C. a., dice: «El Reichstag no puede, sin el asentimiento del Reichsrat, elevar los gastos en el proyecto de presupuesto, o establecer otros nuevos.» Esta limitación no vale sólo para la ley de Presupuestos, sino para todas las leyes *económicas* (comp., arriba, 2, d, pág. 254). Otros ejemplos, Carl Schmitt: *Volksentscheid und Volksbegehren*, 1927, págs. 27-29.

b) El esfuerzo hacia la participación directa de los electores ha llevado hacia una llamada *iniciativa popular*, es decir, iniciativa de ley de una parte de los ciudadanos con voto.

Esta iniciativa de ley del pueblo no es ni

aa) introducción de un procedimiento de legislación popular (arriba, pág. 251), así, el art. 73, 3, C. a.; ni

bb) introducción de un procedimiento legislativo ordinario; entonces estaría dirigida al Cuerpo legislativo. La regulación del art. 73, 3, C. a., contiene sólo en apariencia ese caso de iniciativa de ley. En realidad, se trata de una desviación del procedimiento legislativo ordinario, verificada por razones prácticas.

cc) Iniciativa de referéndum (que sólo en forma inexacta se podrá llamar «iniciativa de ley»; comp., arriba, 2, *c)*, pág. 254).

c) Limitaciones y excepciones. Ciertos asuntos, en particular leyes económicas, son excluidos, en Constituciones democráticas, de la iniciativa popular. La excepción del art. 73, 4, C. a. (sobre presupuesto, leyes de contribuciones y escalas de sueldos, sólo el Presidente del Reich puede disponer un referéndum), vale también para la iniciativa popular de referéndum.

Algunas Constituciones de Países alemanes excluyen ciertas materias (sobre todo, cuestiones financieras) de la «votación popular»; por tanto, del referéndum y de la iniciativa; otras sólo de la iniciativa; compárense los ejemplos en Carl Schmitt, ob. cit., página 15. En todo caso, es tan distinta del referéndum la *iniciativa* del pueblo, que las excepciones a la una o al otro no son por sí mismas iguales, y en un Estado democrá-

tico no existe ninguna presunción a favor de la extensión posible de la iniciativa popular.

II. *Democracia y gobierno.*

1. La relación de una Representación popular *elegida* (Parlamento) con el Gobierno. La lógica del principio democrático tiende hacia un mínimum de representación. Esto puede afectar, en último resultado, tanto al Parlamento (esto es, la Representación popular elegida) como también al Gobierno, de modo que, tan pronto aquél, tan pronto éste, aparezca como subordinado.

a) Primera posibilidad: *subordinación* del Gobierno al Parlamento. En tanto que un Parlamento elegido por los ciudadanos se encuentre frente al Rey, segundo representante, como representante «del pueblo», es decir y en realidad, de la unidad política, aparece como una exigencia y una consecuencia democráticas la de pedir la subordinación de ese Gobierno monárquico al Parlamento. Esta es, en conjunto, la situación en Alemania durante el siglo XIX, bajo la Monarquía constitucional. La exigencia de un Gobierno parlamentario se hace así exigencia democrática; Democracia y Parlamentarismo se equiparan y confunden entre sí, a causa de tal situación política. La representación del pueblo políticamente unificado por medio de un cuerpo elegido es aparentemente, junto a la representación de la unidad política mediante un monarca hereditario, la cosa democrática, y no se tiene conciencia del contraste verdadero, principal: representación e identidad.

En esta situación surge una serie de equiparaciones: el Gobierno debe depender de la confianza del Parlamento, es decir, de la Representación popular, es decir, del pueblo. Así, no se hace distinción entre depender de la confianza del Parlamento y depender de la confianza del pueblo. Cuanto más fuerte y viva es la exigencia de parlamentarización, tanto más fuerte es también esa equiparación entre Parlamentarismo y Democracia. En Alemania se advierte esto por última vez durante la guerra mundial, sobre todo desde 1916 y 1917, en los partidos que exigían la parlamentarización del Gobierno del Reich; comp. las declaraciones de periódicos con muchas invocaciones a la rebelión, citadas en Hasbach: *Die parlamentarische Kabinettsregierung,* 1919, página 265, nota. En el ya mencionado art. 57 de la Constitución prusiana de 1920, se dice: «El Ministerio como tal, y cada uno de los Ministros, necesitan para el ejercicio de su cargo de la confianza del pueblo, que éste da a conocer mediante el Landtag.» Toda esta construcción supone que el Gobierno carece de relación directa con los ciudadanos y que tal relación ha de llevarse a cabo exclusivamente por medio del Parlamento. La construcción decae necesariamente cuando el Gobierno no es ya un Gobierno monárquico en sentido antidemocrático, y cuando tiene o puede tener una conexión directa con el pueblo, independientemente del Parlamento, apoyándose así de modo *inmediato* en la confianza de los ciudadanos con derecho a voto (comp., abajo, 2).

En tanto que las ideas políticas y jurídico-políticas están dominadas por la lucha contra un Gobierno no democrático, es natural que la idea democrática conciba al Gobierno como algo que es preciso someter a la Repre-

sentación popular. Entonces suele construirse una doble relación de supra- y subordinación: el pueblo (los electores con derecho a voto) se encuentra sobre la Representación popular (el Parlamento); el Parlamento, sobre el Gobierno. Corresponde a una idea muy extendida el considerar esta construcción como un sistema de *comisiones:* la Representación popular (el Parlamento) es una comisión del pueblo (los electores); el Gobierno parlamentario es una comisión de la Representación popular (el Parlamento). La organización estatal aparece como un sistema de comisiones de tres grados: Pueblo, Representación popular, Gobierno.

Así, Bluntschli: *Allgemeines Staatsrecht*, I, 1868, pág. 490, designa al «Cuerpo legislativo», si bien por lo demás entendía la peculiaridad del concepto de representación, como un «resumen proporcional». Sin embargo, hay que observar que Bluntschli no hablaba de un resumen o comisión del Cuerpo electoral, sino «de todo el organismo del pueblo», con lo que no desaparecía todavía el concepto de representación. Cita a ese respecto la célebre frase de Mirabeau, del 30 de enero de 1789, según el cual los estados son para la Nación lo que la carta geográfica para los accidentes del País: un cuadro que muestra las mismas relaciones que el original. Tampoco ese cuadro alude sólo a la simple comisión y exponente, sino que contiene algo todavía del pensamiento de una auténtica representación.

Por el contrario, en la literatura posterior desaparece poco a poco la inteligencia del caso. Por lo que se refiere a la Constitución de Weimar, citaremos los siguientes ejemplos: Giese: *Kommentar zur Reichsverfassung*, 2.ª ed., págs. 161, 191: «El principio parlamentario considera al Ministerio como una *Comisión* de la representación popular, encargada de la gestión de negocios, aun cuando no necesariamente salida de su seno.» En las siguientes ediciones se va eliminando la voz «Comisión»; comp. la confrontación en H. Herrfahrdt: *Die Kabinettsbildung nach der Weimarer Verfassung*, Berlín, 1927, págs. 10, 11; en la séptima edición, 1927, falta por completo, tanto en el artículo 54, C. a., como en el art. 53. En las deliberaciones de la Asamblea Nacional de Weimar se rechazó expresamente la idea de la Comisión. Koch (*Prot.*, pág. 302) declaró, con razón, que el Gobierno del Reich no podía ser una Comisión de la mayoría del Reichstag. Por el contrario, como ejemplo típico de una típica ausencia de problemática: H. Naviasky: *Die Stellung der Regierung im modernen Staat*, Tubinga, 1925, pág. 7: una pirámide de tres grados; la base, el pueblo; sobre ella, un «órgano de representación», «que representa en un volumen reducido la voluntad del pueblo, haciéndola capaz de actuar». «Esta es la Representación popular, grado medio de nuestra pirámide»; sobre ella, todavía, un colegio más pequeño, una «Comisión de su confianza. Es el Gobierno; se encuentra en la cúspide de la pirámide». La idea de la Comisión se corresponde también con la idea de un «Gobierno proporcional», en que los miembros del Gabinete sean determinados por el Parlamento según los postulados fundamentales de la representación proporcional (así, la ley austríaca de 1920 citada como ejemplo por H. Triepel: *Staatsverfassung und politische Parteien*, 1927, pág. 22). La prescripción, contenida en las leyes constitucionales de algunos Países (Sajonia, Württenberg, Baden y otros), de que a cada nueva elección haya de seguir la formación de un nuevo Ministerio, se apoya en las mismas ideas.

La idea de una comisión es, por lo demás, consecuente desde el punto de vista del principio democrático de la identidad. Pero niega el pensamiento de una representación y, mediatamente, la unidad política.

b) Segunda posibilidad: *supraordinación* del Gobierno respecto al Parlamento. La práctica del Gobierno inglés de Gabinete muestra hasta ahora el cuadro contrario: el líder del partido mayoritario forma, como Primer Ministro, el Gabinete, es decir, el Gobierno, que guía al Parlamento. La vida de una comisión retrocede aquí ante el pensamiento de la *dirección* y *guía,* de modo que en la literatura jurídico-política alrededor del Primer Ministro inglés se le designa ocasionalmente como el «superior» al que ha de obedecer la mayoría parlamentaria. La supraordinación se explica porque el Gobierno se ampara directamente en la «opinión pública», de la que el Parlamento es también sólo una expresión.

c) Tercera posibilidad: un *equilibrio,* en que ni el Parlamento ni el Gobierno están supra- o subordinados. Esto es posible cuando en todo tiempo puede establecer el Gobierno una conexión directa con el cuerpo electoral. El portador del centro del equilibrio es el pueblo; el pueblo *sostiene* la balanza y es, frente a los factores equiparados: Parlamento y Gobierno, el tercero superior. Esta figura era, para los autores de la Constitución de Weimar, el «auténtico Parlamentarismo» (abajo, § 24). También aquí se suscita el problema orgánico de establecer la conexión inmediata (no a través de la Representación popular) del Gobierno en el cuerpo electoral.

2. *Relación directa de pueblo y Gobierno.* La relación directa puede establecerse:

a) Por *elección directa* del Gobierno mediante el cuerpo electoral. Así se ha establecido en la Constitución de Weimar para un órgano esencial de Gobierno: el Presidente del Reich es elegido, según el art. 41, C. a., por todo el pueblo alemán. Junto a él existe, sin embargo, un Gobierno dependiente de la confianza del Parlamento, cuya construcción crea por eso especiales dificultades a la Teoría de la Constitución (abajo, § 27, página 326). La vinculación entre el Presidente elegido por el pueblo y el Gobierno parlamentario se establece, de una parte, por el *derecho de nombramiento* y *separación* que el art. 53 confiere al Presidente, y de otra parte, por la prescripción del art. 50, según la cual todos los actos oficiales del Presidente necesitan el *refrendo* del Canciller o del Ministro competente. El que todo el pueblo designe en elección directa al Presidente del Reich tiende a crear la idea de una *representación,* si bien la posibilidad de discutirle, según el art. 43, 2, C. a. (a propuesta de una mayoría de dos tercios del Reichstag, y mediante votación popular), debilita ese pensamiento. El Reichstag alemán es, con arreglo a la idea inspiradora, un representante (art. 21, C. a.). Se encuentran, pues, como en la Monarquía constitucional, otra vez dos representantes frente a frente, y además se ligan el principio de la representación con el principio democrático de la identidad.

Un destacado sociólogo y teorizador del Estado, F. Tönnies, ha propuesto que también el *Gobierno del Reich* (es decir, Canciller y Ministros) sean directamente elegidos por el pueblo, *Schmollers Jahrbuch,* tomo 51 (1927), pág. 185. La cuestión es si esta

elección directa ha de servir al pensamiento de la identidad democrática o al pensamiento de una representación. A mi entender, Tönnies trata aquí de robustecer el principio democrático.

b) Por *disolución del Parlamento* dispuesta por el Gobierno.

La disolución, según ya se ha dicho (pág. 256), tiene que ser considerada como institución normal de este sistema. Si ha de tener un sentido jurídico-constitucional, será para emplearla precisamente en el caso que la mayoría parlamentaria haya dado al Gobierno un voto de confianza. Entonces puede establecerse la conexión inmediata con el pueblo, contra el acuerdo de desconfianza de la mayoría parlamentaria, y el pueblo, como tercero superior, decide el conflicto surgido entre Gobierno y Representación popular; comp. abajo, § 29, pág. 345.

c) Por *disposición de un plebiscito* por parte de un órgano de Gobierno frente a acuerdos del Parlamento. Artículo 73, C. a.: «Una ley acordada por el Reichstag ha de ser llevada al referéndum, antes de su publicación, cuando el Presidente del Reich así lo determine dentro del plazo de un mes.»

En los casos *b)* y *c)* existe una «apelación al pueblo». Como el Parlamento, por su parte, puede apelar al pueblo contra el órgano de Gobierno (en Alemania contra el Presidente del Reich, mediante propuesta de destitución, según el art. 43, 2), se contrapesan las posibilidades recíprocas (comp. el esquema, arriba, pág. 197). El pueblo sostiene la balanza. La nueva elección o votación popular que en tales casos tiene lugar realiza la función especial de decidir un conflicto político de las autoridades supremas del Estado. Aquí, el pueblo actúa como soberano más allá de la competencia constitucional, legalmente normada.

III. *Democracia y relación internacional.*

La aplicación del principio democrático de la identidad a las relaciones con otros Estados lleva a que retroceda el principio de la representación y su aplicación quede limitada. Por lo demás, se ve aquí con la mayor claridad que ninguna unidad política puede existir sin representación, y que también un Estado democrático puro tiene que ser representado frente a otros Estados democráticos puros. A pesar de los grandes cambios políticos y sociales de los Estados, apenas han cambiado en el último siglo las reglas generalmente reconocidas de Derecho internacional sobre las relaciones diplomáticas; convenios y costumbres de una época monárquica pura siguen valiendo hoy de igual manera, a pesar del desarrollo hacia la Democracia (comp. arriba, pág. 210).

La aplicación del principio democrático se muestra en que, para el acuerdo internacional de tratados internacionales, o para declaraciones internacionales, ya no es decisiva exclusivamente la voluntad del representante, y se confunde el concepto de ratificación porque se desconoce el concepto de representación. Para la validez internacional de acuerdos inter-

nacionales se exige por ley constitucional la cooperación de la Representación popular (Parlamento), o también un referéndum, y por cierto, 1) de manera que se asocie a la ratificación por el Jefe del Estado (el representante), como requisito especial para la validez internacional, sin desplazar al representante por su parte; o bien, 2) de manera que un acto de la representación popular o una votación popular signifique por sí ya el acto internacional, perdiendo así toda significación independiente la representación por el Jefe del Estado, que ya se refiere tan sólo a la formalidad del cambio de documentos de ratificación, mientras que, por otra parte, sigue siendo oscuro en qué medida la Representación popular, o acaso el pueblo mismo en las urnas, representa, frente al Estado extranjero, la unidad política.

El art. 45, C. a., contiene las tres posibilidades: plena representación, representación limitada y supresión de la representación del Jefe del Estado. Según el párrafo primero, el Presidente representa internacionalmente al Reich: cierra, en nombre del Reich, alianzas y otros Tratados con potencias extranjeras; acredita y recibe a los agentes diplomáticos (plena representación). Según el art. 2.°, la declaración de guerra y la conclusión de la paz tiene lugar por ley (es decir, que la «ratificación» del Jefe del Estado es aquí sólo una formalidad de la mediación internacional, si bien conserva plenitud de significación internacional a causa de la necesidad de recepción internacional). Según el párrafo tercero, las alianzas y Tratados con Estados extranjeros que se relacionen con objetos de la legislación del Reich, necesitan el asentimiento del Reichstag (aquí la ratificación es un acto objetivamente significativo del representante, al que se añade la cooperación de la representación popular).

La Constitución imperial de 1871 hacía del Emperador el representante internacional del Imperio alemán. Según el art. 11, 3, era exigible para la validez de los Tratados con Estados extranjeros, en tanto se refirieran a objetos pertenecientes, según el art. 4.°, a la jurisdicción legislativa del Reich, el asentimiento del Consejo federal y la anuencia del Reichstag. Según la concepción dominante, esta limitación sólo tenía significado para el Derecho político, pero no afectaba para nada a la plena representación del Emperador frente a otros Estados (Laband, I, pág. 230; II, págs. 137 y siguiente; Meyer-Anschütz, pág. 818); según otra, limitaba la representación (Seydel: *Kommentar,* pág. 163), mientras que según G. Jellinek: *Gesetz und Verordnung,* páginas 349, 354, la exigencia del asentimiento de la Representación popular añadía al Tratado internacional una condición (resolutiva), pues «el representante sólo puede prometer con validez jurídica aquellas prestaciones que el mismo está en condiciones de cumplir».

Históricamente, la limitación de la representación del Jefe del Estado ha de ser referida a la Constitución francesa de 1791, en cuyo título III, cap. II, sec. 1.ª, art. 3.°, se dice: «El Cuerpo legislativo es competente para ratificar Tratados de paz, alianza y comercio; sólo mediante esa ratificación adquiere eficacia un Tratado»; además, las Constituciones de 1793 (art. 55) para todos los Tratados; 1795 (art. 333), para todos los Tratados; 1848 (art. 53, asentimiento de la Asamblea Nacional a todos los Tratados). Según el art. 8.° de la Ley constitucional de 16 de julio de 1875, el Presidente de la República ratifica los Tratados; pero los Tratados de paz, los de comercio y aquellos que dan lugar a obligaciones financieras del Estado, así como aquellos que se refieren al estatuto personal y propiedad privada de franceses en el extranjero, sólo son «definitivos» cuando han sido acordados por ambas Cámaras. La cesión, cambio y anexión de partes del territorio tiene lugar por ley.

La Constitución belga de 1831 hace del Rey representante del Estado frente a otros Estados; pero exige para los Tratados de comercio y para Tratados que impliquen cargas al Estado u obliguen a particulares belgas, el asentimiento de ambas Cámaras; y para modificaciones del territorio, una ley (art. 68). Esta prescripción ha sido copiada en el art. 48 de la Constitución prusiana de 1850: «El Rey tiene derecho a declarar la guerra y hacer la paz, así como a establecer otros Tratados con Gobiernos extranjeros. Los últimos necesitan para su validez el asentimiento de las Cámaras, siempre que sean Tratados de comercio o establezcan cargas para el Estado u obligaciones para los ciudadanos.» El art. 48 de la Constitución prusiana no fue considerado por la doctrina dominante (incluso por Gneist) como una limitación de la representación, sino como requisito de Derecho político, mientras que en aquella Ley constitucional belga se encontraba la exigencia de una «ratificación obligatoria de las Cámaras» (Erreра, pág. 49).

Como ejemplo de la invasión de la Democracia directa, la revisión parcial de la Constitución federal suiza del año 1921 (art. 89, 3, de la Constitución), es de singular interés. Los Tratados con el extranjero concertados sin plazo o para una duración mayor de quince años, tienen que ser sometidos (además de la «anuencia» de la Asamblea federal) al Cuerpo electoral (al pueblo), para que los acepte o rechace cuando así lo exijan 30.000 ciudadanos con derecho a voto, u ocho Cantones. Aquí aparecen *tres* «ratificaciones»: la ratificación por el representante internacional; la anuencia, también designada como ratificación de la Asamblea federal, y la ratificación (o negativa de ratificación) por el pueblo (comp. Fleiner, ob. cit., pág. 756).

Una consecuencia práctica importante de esta reserva democrática de la representación consiste en lo siguiente: la *negativa de la ratificación* se consideraba antes como algo *anormal,* casi como ofensa del Estado extranjero (comp. el caso del Tratado franco-inglés de 1841 sobre la supresión de la trata de negros, cuya ratificación denegó Francia, a pesar de haberlo suscrito; a este respecto, discurso de Guizot en la Cámara de los Diputados, de 1.° de febrero de 1843); ahora, por el contrario, ya no es nada anormal la reserva de la anuencia por el titular de la facultad legislativa del Estado y la negativa de ratificación de un Tratado suscrito (comp. el caso de los frisones en Saboya: el Tratado franco-suizo de 7 de agosto de 1921 fue rechazado por referéndum de 18 de febrero de 1923, quedando sin ratificar por Suiza. A este respecto, M. Fleischmann: *Deutsche Juristen-Zeitung,* 1923, Sp. 643 y sigs.). Sobre el problema general, «Democracia y política exterior», sólo hay, hasta ahora, una Monarquía de conjunto: J. Barthélemy: *Democratie et Politique étrangère,* París, 1917.

IV. *Democracia y Administración.*

1. Una Administración establecida con arreglo al principio de la identidad democrática es prácticamente imposible, y tampoco ofrece ningún problema teórico, según los principios democráticos, porque en la Administración (a diferencia del Gobierno) no hay representación ninguna. El que los ciudadanos con derecho a voto tramitasen todos los asuntos públicos sería posible, a lo sumo, en el marco de una moderada administración local autónoma, y, por eso, sólo como autoadministración local (cantonal o provincial) y no como Administración del Estado. Pero Democracia es un concepto *político;* sus principios afectan a la determinación de la unidad política como un todo, es decir, Legislación y Gobierno.

Al hablar de una «democratización», se trata tan sólo de llevar a cabo reformas y aplicar tendencias correspondientes a la idea fundamental democrática o al programa de partidos democráticos; por ejemplo, *elección* de los funcionarios en lugar de nombramiento por una autoridad superior, determinación de los funcionarios por el cuerpo electoral del distrito administrativo, etc. En un Estado con Gobierno parlamentario, la exigencia de una democratización de la Administración recibe con facilidad el significado de que los funcionarios de la Administración sean designados por los partidos que se encuentren en mayoría. La burocracia estatal y municipal se convierte así en una escolta de los partidos, con lo que los funcionarios directivos se convierten en funcionarios de partido y agentes electorales. La Constitución de Weimar intenta oponerse a esas consecuencias al sustraer, en el art. 130, la burocracia a esa práctica de escolta y de botín; «despolitizar», como suele decirse, entendiéndose la palabra «política» en el sentido peyorativo de «política de partido». El art. 130, C. a., está destinado a proteger la idea de la unidad política del Estado con ayuda de una garantía institucional de la Constitución contra una disolución en partidos políticos. Sin embargo, no llega el Derecho político alemán a separar la posición del funcionario de la del diputado creando una *incompatibilidad,* esto es, declarando inconciliable la posición de un diputado (político de partido) con la posición de un funcionario público. La Constitución de Weimar no ha extraído esta consecuencia de la idea del Estado de funcionarios.

2. Como signo de Administración democrática suele valer también, a veces, la *adjunción de profanos* a los asuntos de la Administración del Estado; la actividad honoraria de tales profanos se concibe entonces como Administración democrática. Aquí habría que fijar el concepto del pueblo en su significación negativa. El profano pertenece al pueblo, porque *no* es funcionario; por eso, la adjunción de profanos pasa como algo democrático (sobre esa negatividad de la palabra «pueblo», arriba, pág. 236).

3. Suele equipararse la *Administración autónoma,* en el sentido de Administración autónoma local, cantonal o provincial, con la Administración democrática. Según la construcción de Hugo Preuss, la actividad estatal en un Estado gobernado parlamentariamente es sólo Administración autónoma «nacional»; Estado y municipio son iguales por su esencia; la vinculación al Estado no puede diferenciarse esencialmente de la vinculación al municipio y a otras personas sociales totales *(Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften,* 1889, pág. 189; *Handbuch der Politik,* I, págs. 198 y sigs.). De este modo se convierte el Derecho público en Derecho social; el Estado, de unidad *política* específica, en asociación *social,* y se despolitiza. Tal ideología es, en realidad, liberal y no democrática. Democracia es un concepto político y conduce por ello hacia una *unidad* política decisoria y hacia la *soberanía.* La consecuencia para la Administración puede ser tanto la más rigurosa centralización como la Administración autónoma. La Administración centralizada del Estado francés, por ejemplo, corresponde a una realización democrática del pensamiento de la incondi-

cionada unidad nacional; la reacción contra ese centralismo —federalismo, regionalismo, organizaciones estamentales— es, en gran parte, monárquica y antidemocrática. Hay también, naturalmente, un federalismo democrático. Pero es erróneo equiparar el principio democrático de la identidad con el ideal de la más amplia Administración municipal autónoma (en contraste con la Administración estatal). El pueblo, en una Democracia, es siempre el pueblo *entero* de la unidad política, no el cuerpo electoral de un municipio o de un distrito. Es supuesto esencial de la Democracia política el que se distinga la unidad política en modo específico, como un todo homogéneo y cerrado, de todas las demás agrupaciones y organizaciones político-internas.

Adolfo Merkl: *Demokratie und Verwaltung*, 1923, pág. 16, habla de Administración democrática (en contraste con Administración autocrática) «en el sentido que se ha puesto de moda y ha llegado a hacerse dominante, de que, para la Administración democrática, la determinación del órgano es por *elección*, y para la autocrática, por *nombramiento;* esta nomenclatura, sin embargo, encuentra aplicación aquí —lo que no se acentuará nunca con decisión suficiente— sólo en interés de una más fácil inteligencia y con plena conciencia de que ni aun aproximadamente se satisfacen y agotan las particularidades que indican el carácter democrático o autocrático de una institución». En las páginas 44/5 se encuentra una definición: «Pero, por lo demás (a saber, prescindiendo de que los burócratas no pertenecen menos al pueblo que los políticos de partido), apenas si puede sostenerse en pie la ficción de una administración por el pueblo. Administración democrática significa la administración por representantes de un cierto partido político.» Y pág. 45: «En realidad, la Administración autónoma en todas sus auténticas realizaciones históricas..., no es *ni* una *administración* por el pueblo, como dice la *leyenda política idealizadora,* ni tampoco una *administración autocrática,* como afirma la *crítica política corrosiva,* sino —conforme está establecida en esencia la administración territorial autónoma— la administración por representantes electivos de un partido mayoritario que se hace más o menos desagradablemente perceptible como 'administración política por extraños' a los partidos minoritarios excluidos de la administración. Difícilmente se convertirá a la exigencia de una progresiva democratización de la Administración ante tal estado de cosas, con la ideología de la Administración autónoma, quien no se deje estupidizar por frases o ficciones políticas.»

V. *Democracia y Justicia.*

1. El juez está vinculado a la *ley;* su actividad está esencialmente determinada en normas; no es un representante de la unidad política como tal. Políticamente considerada, esta Administración de Justicia, dependiente por completo de la ley, es *en quelque façon nulle.* El problema de la justicia política se sale con esto, aun en el Estado burgués de Derecho, mediante competencias y organizaciones especiales, del marco de la Justicia general (arriba, § 12, pág. 144). Si la Democracia es, en esencia, forma política, la Justicia, por el contrario, es esencialmente apolítica, porque al depender de la Ley general se sigue de ahí que no pueden extraerse del principio democrático consecuencias inequívocas y obligadas frente a la Jus-

ticia. Se puede dominar la Administración de Justicia en vías del concepto político de la Ley. Se puede, además, exigir que la Justicia sea «nacional» y, a partir de estos esfuerzos, encontrar ciertas instituciones que se citarán en seguida (abajo, 2). Pero esto depende en gran medida de la situación y condiciones políticas y de la ocasional valoración política del juez. No se basa en conexiones sistemáticas, de Teoría constitucional.

En un Estado democrático, el juez es también independiente, y no debe ser un instrumento político. La *independencia* del juez no puede nunca ser cosa distinta que el otro aspecto de la *dependencia* respecto de la *ley*. En esto consiste la gran diferencia que separa esta independencia de la de los diputados de un Cuerpo legislativo, por ejemplo, la independencia de los diputados del Reichstag, según el art. 21, C. a. La independencia con arreglo a dicho artículo debe dar lugar a una *representación* y tiene por consecuencia un sentido político específico. La independencia del juez debe protegerle contra los mandatos y órdenes oficiales, sobre todo del Gobierno, de la autoridad política, y tiene, por tanto, la finalidad contraria: *desviación* de la política. Todo lo que el juez hace como juez se encuentra *normativamente* determinado y se distingue de la existencialidad de lo político, aun cuando, como toda actividad estatal, haya de servir a la «integración».

En la Democracia ideal de Rousseau, identidad y homogeneidad del pueblo son tan grandes que también juez y parte quieren la misma cosa; *Contrat social,* libro II, capítulo IV, sec. 7.ª: La *volonté générale* es el interés común; de aquí surge una «maravillosa coincidencia» de interés y justicia, como no puede surgir la discusión de intereses privados y particulares. El interés común y la utilidad común, por el contrario, hace «idéntica la norma del juez con la de la parte». Este pasaje es un bello ejemplo de que en la Democracia todas las distinciones y dificultades desaparecen con la identidad y homogeneidad general. Pero, al mismo tiempo, es también claro que resulta imposible una identidad y homogeneidad absolutas, y la construcción de Rousseau discurre en un círculo tautológico. Porque en una identidad absoluta de todos con todos, y de la utilidad con la justicia, no hace falta ya nunca seguir procesos. Si todos quieren lo mismo, desaparece, no sólo la distinción entre juez y parte (de que Rousseau habla), sino también la distinción entre las partes, entre demandante y demandado. Esta diversidad también se hace «idéntica», y el problema de la justicia está resuelto por cuanto que ya no hay más procesos.

2. Cuando, en un Estado democrático, se exige que la Justicia sea *justicia popular,* la voluntad del pueblo se convierte en el punto de vista adecuado para fallar procesos. La cuestión es simple cuando la voluntad del pueblo sólo adquiere expresión en las normas generales de las leyes con arreglo al Estado de Derecho; pero el pueblo es el soberano en una Democracia; puede quebrantar todo el sistema de la normación constitucional y fallar un proceso, como falla procesos el Príncipe en una Monarquía absoluta. Es juez supremo, como es legislador supremo. Si por justicia popular se entiende una práctica de decisiones democráticas de autoridad, la palabra designa tan sólo la forma democratizada y plural de la justicia de

Gabinete. En general, no es esto lo que se indica. Suele bastar con la exigencia de que el Derecho sea pronunciado por jueces que disfruten de la confianza del pueblo, no de toda la Nación, como sería lo democrático, sino, con frecuencia, sólo de los habitantes del distrito correspondiente. La confianza podría manifestarse por medio de la elección del juez por los habitantes de su distrito para un período, o hasta la revocación, o bien pudiendo la población exigir la destitución de un juez malquisto por medio del llamado *recall.* La consecuencia sería hacer que la jurisdicción dependiera del estado de ánimo de la población del distrito. Desde el punto de vista de una Democracia nacional, ésta no es una exigencia democrática.

Pero justicia popular podría significar también que hombres o mujeres «del pueblo» hubieran de participar en la resolución de los negocios judiciales, especialmente en la jurisdicción. Aquí vuelve a tener la palabra «pueblo» su sentido negativo (arriba, pág. 236), y significa sólo que participarán en la jurisdicción personas que *no* son funcionarios profesionales *ni* juristas formados, que no son letrados; y, por lo tanto, justicia de profanos, en contraste, 1) con justicia de funcionarios, y 2) con justicia de letrados (juristas). A esta exigencia corresponde la institución de Tribunales de escabinos o jurados para el proceso penal. Para el fallo de litigios de Derecho civil, apenas podría ser práctico en la misma medida ese ideal, y significa tan sólo que *profanos peritos en la materia* (concepto no por completo libre de contradicción), como jueces de comercio, etc., son llevados a la actividad judicial.

Por último, justicia popular puede significar, en términos muy generales, una justicia popular en el sentido de la coincidencia entre los fallos judiciales y la sensibilidad jurídica del pueblo. En tanto que el juez dependa de la ley, es asunto del legislador el hacer leyes populares, creando así la base para una justicia popular. En la interpretación de las leyes, es decir, en la aplicación de los conceptos indeterminados empleados en la ley, debe el juez atenerse a las concepciones jurídicas de su tiempo y de su pueblo. En épocas normales y en un pueblo confesional, cultural y socialmente homogéneo, ésta no es una tarea difícil. Pero si desaparece esa homogeneidad, la dificultad no se resuelve con remitirse a las concepciones jurídicas del pueblo. En todo caso, sería un error atribuir en tal situación a la Justicia la alta misión política de decidir en las contraposiciones. La decisión política es asunto de la Legislación y de la dirección política. El movimiento de la libre jurisprudencia de los últimos decenios exigía una justicia popular; pero, generalmente, no consideraba las conexiones de la Teoría constitucional, porque no reconocía con la claridad suficiente hasta qué punto se condicionan recíprocamente la independencia del juez y la vinculación más rigurosa de la ley, y que la ley tiene que ser una ley que produzca una verdadera vinculación, y no una simple referencia en blanco —capaz de politizar la Justicia— a normas indeterminadas y al criterio judicial.

§ 21

LIMITES DE LA DEMOCRACIA

I. El límite de una aplicación del principio democrático de la identidad resulta del hecho de que es imposible la aplicación unilateral y exclusiva de uno de ambos principios político-formales —identidad y representación—, y ningún Estado puede estar formado con arreglo al principio de identidad y sin ningún resto de representación (§ 16, II, pág. 205). La lógica teorética del principio de identidad se hará valer siempre, es cierto, en una Democracia y aparecerá como algo evidente y palmario; sin embargo, ningún Estado democrático puede renunciar por completo a toda representación. Aquí encuentra la Democracia su primer límite natural.

II. Otro límite de la Democracia resulta de la naturaleza del *pueblo* en las distintas significaciones de esa palabra.

1. El pueblo, como magnitud no organizada oficialmente (arriba, página 237, sólo en ciertos momentos y sólo por el camino de la aclamación —así, pues, hoy, como «opinión pública»— es susceptible de actuar.

2. El pueblo como ciudadanos que eligen o votan dentro de un procedimiento regulado (arriba, pág. 235) puede:

a) *elegir* personas de su confianza; para ello depende en gran medida de las propuestas; transferirá a las personas elegidas la decisión de las cuestiones objetivas con arreglo a su competencia;

b) adoptar una decisión objetiva sobre un asunto por medio de la votación (el llamado *Real-Plebiszit);* a consecuencia del sufragio individual secreto, depende por completo del planteamiento de la cuestión; el pueblo, sólo puede decir aquí *sí* o *no*.

Lo mismo puede decirse de la iniciativa popular. Considerándolo con rigor, lo que ocurre en el caso de tal iniciativa es que unos iniciadores privados proponen un

proyecto, planteando la cuestión de si ha de suscitarse la iniciativa; la parte de los ciudadanos con derecho a voto que quiere la iniciativa, contesta entonces «sí» a la cuestión planteada. En el art. 73, 3, C. a., se prescribe que para la iniciativa popular, mediante la cual ha de ponerse en marcha un procedimiento de legislación popular, haya de ser base un proyecto de ley ya redactado. Por medio de la votación no puede, claro está, redactarse ningún proyecto de ley. En la determinación de si una décima parte (art. 73, 3, C. a.) o una vigésima parte (arts. 72, 73, 2, C. a.) de los electores quiere la iniciativa popular (en el procedimiento de inscripción de los §§ 31 y siguientes de la ley sobre referéndum, de 27 de junio de 1921), se dice tan sólo que «sí» a un proyecto de ley propuesto, y a la pregunta de si ese proyecto de ley debe servir de base a la iniciativa popular. En vías del sufragio secreto no puede el pueblo, si bien se mira, plantear una cuestión; sólo puede contestar a una cuestión planteada. La antes citada observación de Teodoro Mommsen acerca de la dependencia del pueblo reunido respecto del planteamiento de la cuestión por los magistrados (pág. 253), vale, infinitamente robustecida, para el procedimiento del sufragio secreto en la actual Democracia de masas.

Resumiendo en pocas palabras, cabe decir: el pueblo puede *aclamar;* en el sufragio secreto, sólo puede *elegir* candidatos que se le presentan y *contestar Sí o No a un problema formulado con precisión, que se le somete.*

III. La práctica de la Democracia moderna ha relativizado el principio democrático con ayuda del principio de la distinción de poderes, convirtiéndolo en un medio orgánico de la Legislación (arriba, pág. 254). Además, se excluyen ciertos *asuntos y materias,* en especial las *cuestiones financieras,* del procedimiento y métodos de la llamada Democracia directa, o se limita ese procedimiento en su aplicación a tales materias. Por último, puede, frecuentemente, evitarse el procedimiento de la Democracia directa mediante *declaraciones de urgencia.*

El art. 73, 4, C. a., contiene un ejemplo de tales limitaciones: «Sólo el Presidente del Reich puede disponer un referéndum sobre el presupuesto, sobre leyes tributarias y escalas de sueldos»; comp., arriba, § 20, I, 2, *c)* (pág. 254), y I, 4, *c)* (pág. 257).

Según el art. 73, 2, C. a., una ley cuya publicación se haya suspendido a propuesta de una tercera parte, al menos, del Reichstag, habrá de someterse al referéndum cuando lo proponga una vigésima parte de los electores; pero, según el art. 72, pueden Reichstag y Reichsrat *declarar urgente* una ley para la que haya pedido la suspensión una tercera parte del Reichstag, y el Presidente del Reich puede promulgarla sin tener en cuenta aquella petición, con lo cual se excluye el referéndum del art. 73, 2. Según el artículo 89, 2, de la *Constitución federal suiza,* puede iniciarse el referéndum sobre una resolución federal con fuerza general obligatoria, que *no sea de naturaleza urgente.* La ley fundamental relativa al referéndum sobre leyes y acuerdos federales («Ley de referéndum»), de 17 de junio de 1874, determina en el art. 2.°: «La decisión de que un acuerdo federal... merecerá el trato de urgente, compete a la Asamblea federal.» Así, pues, pudieron ser sustraídas al referéndum en Suiza, añadiendo la cláusula de urgencia, importantes asuntos, como la creación del Registro confederal de la propiedad (1911) y de la oficina federal para los seguros sociales, 1912 (Fleiner, ob. cit., páginas 403/4).

IV. *Crítica del postulado: «La mayoría decide.»*

Fr. Naumann quería incluir ese postulado, como expresión de un principio democrático y de un sentimiento democrático, en la Constitución, que él concebía como un catecismo popular. El texto de la Constitución de Weimar no contiene la frase. Es quizá conveniente recordar, a este respecto, que la frase resulta equívoca y oscura.

1. En el postulado «la mayoría decide», la palabra «decide» significa, en una votación sobre una cosa, la resolución formal de una alternativa objetiva, y en una elección, la determinación de la persona elegida. En el primer caso decide la mayoría en cuanto que contesta con Sí o No a una pregunta propuesta y formulada. La frase «mayoría decide» quiere decir entonces que se está de acuerdo en que la cuestión resulte definitivamente contestada del modo correspondiente a la mayoría de los votos emitidos. El que con ello se adopte una decisión respecto al *fondo* depende de la justicia y posibilidad de un planteamiento de la cuestión en simple alternativa.

2. La dependencia respecto del planteamiento de la cuestión comporta el que sólo por excepción decida *en el fondo* la mayoría numérica de los votos emitidos. La decisión objetiva suele estar ya, con frecuencia, en el modo de plantear la cuestión. Cuando la voluntad del pueblo se manifiesta ocasionalmente en aclamaciones irresistibles y en una opinión pública decisiva y sin contradicción, esto no tiene nada que ver con el procedimiento de sufragio secreto y determinación estadística de la mayoría. En tales casos, no es siempre seguro que una votación secreta, organizada después, diese el mismo resultado que aquella inmediata erupción y expresión de la voluntad popular. Pues la opinión pública es portada, en general, por una mayoría del pueblo activa, y políticamente interesada, mientras que la gran mayoría de los ciudadanos con derecho a voto no tiene necesariamente un interés político. No es en modo alguno democrático, y resultaría un principio político notable, el de que aquellos que carecen de voluntad política tengan la decisión, frente a los que tienen una voluntad de esa especie.

3. Cuando se dice aquí que quien plantea la cuestión tiene en su mano, por este planteamiento, el determinar la decisión objetiva, no quiere hacerse tan sólo una indicación psicológica; la influencia del planteamiento de la cuestión no resulta únicamente de la elección del momento de la votación, o de la posibilidad de encontrar formulaciones sugestivas en que ya se encuentre implícita la respuesta y pueda ser anticipada. Son cuestiones técnicas de la psicología de las masas, que aquí deben quedar a un lado. Tampoco debe hablarse de que la masa de los electores no puede estar, en muchos casos, lo bastante instruida, que le falta el conocimiento técnico y la capacidad de juicio, etc. Este punto de vista, precisamente, no puede ser aducido en una Democracia como algo definitivo, en ningún caso, porque el pueblo está en condiciones, según los supuestos de un Estado democrático, de adoptar cualquier decisión política. En las cuestiones políticas es-

pecíficas que conciernen al pueblo como totalidad, sobre todo, frente a la distinción existencial de amigos y enemigos, pueden evacuarse en el momento oportuno las informaciones técnicas especiales y los detalles de técnica por los peritos competentes y responsables; no pueden ser tratados por la masa de los electores; pero tampoco constituyen lo propiamente político de la cuestión. La razón verdadera de aquella dependencia respecto del planteamiento de la cuestión consiste en que la mayor parte de los electores, en general, tiene la tendencia a comportarse de manera pasiva frente a la decisión y a sustraerse a ella. Así se explica, no sólo la alta cifra de abstenciones, lamentada con frecuencia, sino también y sobre todo, en cuanto a la mayoría de los votos *emitidos,* la tendencia demostrable a dar una respuesta que contenga un *mínimum de decisión objetiva.*

Esto ocurre con todas las experiencias históricas y políticas realizadas hasta ahora. Algunas aparentes contradicciones, que pueden señalarse en los resultados de plebiscitos, se disuelven con facilidad al considerar qué resultado es el que contiene, de hecho, el *mínimum* de decisión. Se ha hecho observar que los plebiscitos de los Gobiernos revolucionarios y napoleónicos arrojaron siempre un «sí». Las cifras de los resultados de la votación en Francia (según Duguit-Monnier) son:

	Sí	*No*
Constitución jacobina de 1793	1.801.918	11.610
(no puesta en vigor) (de 44.000 municipios *sólo uno*	votó contra	la República)
Constitución dictatorial, 1795	916.334	41.892
Constitución consular, 1799	3.009.445	1.562
Napoleón, Cónsul vitalicio, 1802	3.568.885	8.365
Napoleón, Emperador de los franceses, 1804	3.574.898	2.569
Acta adicional (durante los cien días), 1815	1.532.327	4.802
Golpe de Estado de Luis Napoleón, aprobado en 1851 ...	7.439.216	640.757
Luis Napoleón, Emperador de los franceses, 1852	7.824.189	153.145

Por el contrario, en Suiza, el referéndum parece decir de preferencia «no», al menos frente a leyes progresivas, por ejemplo, introducción del seguro de enfermedad y accidentes, acordada por los órganos legislativos federales en 1890 y rechazada por referéndum en 1900, hasta que un referéndum la aceptó en 1912; comp. Curti: *Die Resultate des Schweizerischen Referendums,* 2.ª ed., 1911; Hasbach: *Die moderne Demokratie,* pág. 154. Se ha sacado de ello la conclusión de que los métodos de la Democracia directa son conservadores, o hasta «reaccionarios». En realidad, la mayoría de ciudadanos que contesta por medio del sufragio secreto no es ni reaccionaria, ni progresiva, sino simplemente apolítica; trata de eludir por eso una decisión objetiva y, cuando se ve forzada, da una respuesta que significa el mínimum de decisión. El «sí» con que los ciudadanos franceses contestaron a los plebiscitos napoleónicos se explica, con entera independencia de las influencias electorales del Gobierno, porque, en realidad, se trataba de un hecho consumado, y la decisión estaba adoptada ya. Un «no» hubiera significado en este caso una nueva decisión política de consecuencias imprevisibles. Era más fácil decir «sí», y por eso dijo «sí» la mayoría. A la inversa, en el referéndum suizo: cuando la mayoría contesta «no» frente a la propuesta de una innovación, el «no» significa el mínimum de decisión objetiva, pues con el «no» se persiste en la situación preexistente, la cosa se deja quieta; resolución cuyo fondo de «decisión» es más reducido que la resolución de un cambio.

4. El método de sufragio secreto transforma al ciudadano con derecho a voto en un particular aislado, y le permite manifestar su opinión sin abandonar la esfera de lo privado. De una suma de la opinión privada de particulares no resulta ni una opinión pública, ni una auténtica decisión política. Puede, incluso, ser inicuo esperar tales decisiones de gentes particulares.

La mayoría, al menos, de la gente interesada en negocios no quisiera ser inútilmente molestada con decisiones políticas, en tanto no se trate de sus intereses económicos inmediatos. Un ejemplo de este desvío hacia las decisiones, que se desarrolla a la luz del día, tiene lugar ahora (1927) cada vez que los habitantes del Reich alemán exhiben banderas. La Constitución de Weimar determina en el art. 3.º: «Los colores del Reich son negro-rojo-oro. La bandera comercial es negro-blanco-rojo con los colores del Reich en el ángulo interior de arriba.» En esta determinación se da un compromiso, y no una decisión entre los colores negro-rojo-oro y negro-blanco-rojo. Todavía no se ha producido una poderosa y decisiva aclamación del pueblo alemán. El resultado de una votación secreta vendría verosímilmente determinado por la disciplina de partido y no arrojaría ninguna mayoría que apareciera como mayoría dominante a la parte derrotada. Esa suerte de solución no podría ser, todavía al presente, el medio adecuado para una decisión tal. Una gran parte de la población, las gentes de negocios, manifiestan públicamente que tampoco ellos quieren decidirse, al no ostentar ninguna bandera, o presentar una «neutral», como la bandera del País, la de la ciudad, la del Papa, o una bandera comercial y privada hecha de propósito; como ilustración viva del postulado, «la mayoría decide».

5. Tampoco puede decirse con un criterio simplemente numérico que la «mayoría decide», cuando hay que atenerse a la mayoría de los votos emitidos. Antes bien, suele ocurrir que en realidad la decisión dependa de una pequeña parte. Cuando en una votación de un total de 100 votan con el Sí una parte integrada de 48, y otra parte de 48 con el No, se anulan aritméticamente ambas partes y decide la parte restante, de 4 entre los 100. Esto tiene una gran importancia objetiva en una población dividida en muchos partidos, porque no todos los partidos tienen el mismo interés en la cuestión a decidir. La cuestión de la escuela confesional, por ejemplo, puede ser decidida por un pequeño partido de defensa de inquilinos, cuyos miembros voten por razones tácticas a favor de uno u otro de los partidos interesados en la escuela confesional; una cuestión de política exterior o económica puede ser decidida por un partido que se interese sobre todo en la escuela confesional, etc. «La mayoría decide», pues, sólo en el caso de una plena homogeneidad de todos los votantes.

6. Cuando la mayoría no es otra cosa que el resultado de una adición de los votos emitidos por medio del sufragio secreto, puede perfectamente decirse «La mayoría *no decide*». Tal método de determinación estadística de la mayoría tiene sólo, en realidad, el sentido de un medio político limitadamente autorizado y limitadamente eficaz de participación de todos los ciudadanos en la vida del Estado. No se puede desconocer, sin embargo, que hay una especie de Democracia, la Democracia parlamentaria, que tiene

interés precisamente en que ciertos contrastes permanezcan en estado latente y no sean llevados a decisión. El procedimiento de la decisión de la mayoría puede ser aquí un medio adecuado y deseado de evitar o suspender decisiones políticas. Puede aparecer como políticamente discreto no decidirse, y utilizar en esa forma la supuesta decisión mayoritaria. Entonces, la frase «mayoría decide» pertenecería ya a los *Arcana* de ciertos sistemas políticos, cuyo tratamiento sobrepasa el marco de una «Teoría de la Constitución».

§ 22
LA DOCTRINA DE LA MONARQUIA

I. *El contraste de Monarquía y Democracia se basa en el contraste de ambos principios político-formales: representación e identidad.*

El *principio político* de la Monarquía consiste en la representación de la unidad política. Junto a esto hay numerosas fundamentaciones y justificaciones de la Monarquía. Pero pueden reducirse, prescindiendo de razones empíricas de adecuación práctica y racional, a algunos tipos sencillos.

1. La Monarquía tiene una fundamentación *religiosa.* El monarca es «*de Dios*» en un sentido específico, un «retrato de Dios», y tiene esencia divina.

La fórmula monárquica «por la gracia de Dios» tiene, considerada desde el punto de vista de las ideas modernas, sólo un sentido polémico y negativo, y no significa otra cosa sino que el Monarca no debe su poder y autoridad a ningún otro (que a Dios), y por tanto, ni a la Iglesia o al Papa, ni tampoco a la voluntad o anuencia del pueblo. Pero con eso no se agota la vinculación de la Monarquía a representaciones religiosas. En la historia de las ideas, un Monarca, que rige al Estado, aparece siempre como una analogía de Dios, que rige al mundo. Durante la Edad Media y hasta entrada la Edad Moderna, tenían los Reyes, para grandes masas del pueblo, un carácter sobrenatural, incluso físico; parte de la fuerza vital de la Monarquía era debida a que el Rey hacía milagros, y, sobre todo, curaba con la imposición de manos, según ha mostrado en numerosos ejemplos Marc Bloch, en su obra *Les rois thaumaturges (Études sur le caractère surnaturel attribué à la puissance royale, particulièrement en France et en Angleterre,* Estrasburgo, 1924). El último intento de dar prácticamente seriedad a la Monarquía con estas representaciones religiosas, tuvo lugar en el año 1825, en que Carlos X de Francia quiso todavía curar mediante la imposición de manos, intento que, sin embargo, sólo se produjo como una penosa imitación romántica (Bloch, página 404). En una época, por el contrario, en que el Rey hace milagros, puede ser

considerado en toda su persona como sagrado e inviolable, como sacerdote y ungido del Señor. El derecho de los Reyes es divino, es decir, tiene origen religioso, y el Rey mismo es un *Pro-Deus* (comp. Gierke: *Althusius,* pág. 177; Funck-Brentano: *Le roi,* París, 1912, págs. 116 y sigs.).

Esta fundamentación religiosa de la Monarquía deriva después hacia un irracionalismo histórico o general, menos preciso. La última argumentación abiertamente teológica es la contenida en la Teoría del Estado de Bonald, que inserta al Monarca en una serie de «unidades»: *un Dios,* un Rey, *un padre;* monoteísmo, Monarquía y monogamia. En F. J. Stahl, esa construcción teológica se encuentra ligada con otros argumentos, antirracionalistas, tradicionalistas y legitimistas.

2. Para otra fundamentación —que con facilidad incide en la idea religiosa de *Dios*-Padre—, el monarca es un *padre.* La autoridad y poder del padre en la familia, la *patria potestas,* se traslada al Estado, que es así concebido como una familia agrandada.

Numerosos ejemplos y particularidades, en Funck-Brentano, ob. cit., págs. 52 y siguientes. Bossuet, en particular, representó esta argumentación patriarcalista, sobre todo junto a las de carácter religioso, en su *Politique tirée de l'Écriture* (1709). «L'autorité royale est paternelle.» «La monarchie a son fondement et son modèle dans l'empire paternel.» La doctrina patriarcal de la Monarquía presentada por Filmer: *Patriarcha* (1680), es todavía hoy conocida por algunas bromas de Rousseau *(Contrat social,* I, 2). En realidad, esta teoría es una transposición digna de tomarse en cuenta e interesante, al menos desde el punto de vista social-psicológico.

3. Otras clases de representaciones monárquicas, no son específicas en la misma medida que aquella fundamentación religiosa o patriarcalista. Hay una Monarquía *patrimonial* en que el monarca aparece como titular de la riqueza eminente y perpetua y del poder económico, y, sobre todo, como el más grande propietario territorial del País, como *dominus,* como propietario. Esto puede ser, en la realidad política, una base muy sólida de la posición monárquica, pero no es una especie de argumentación característica y peculiar de la doctrina monárquica, porque el respeto social de cualquier gran riqueza puede conducir a una posición patrimonial. Igualmente, la Monarquía feudal, en que el Rey es el *caudillo* de un *séquito* afecto personalmente a él, que le sirve hasta la muerte y al que garantiza por ello protección y sustento en diversas formas (aceptándole en su casa, concediéndole feudos y con otras formas de asistencia). Tales séquitos se forman de las más diversas maneras, sin que pueda hablarse de una Monarquía en el sentido de un principio político-formal mientras tanto el señor no tenga ninguna consagración divina o posición patriarcal. Tampoco vienen en consideración para la fundamentación ideal de la Monarquía los otros tipos históricos de la misma. En la *Monarquía de funcionarios,* tal como se formó en los Estados europeos desde el siglo XVI al XIX, el monarca es la cúspide de una organización de funcionarios, *premier magistrat.* Lo específicamente monárquico se basa entonces en ideas históricas tradicionales, pero no en la del Estado de funcionarios. En la Monarquía *cesarista,* tal

como se realizó en el Imperio de Bonaparte, el monarca es sólo dictador sobre base democrática. Esa especie de Monarquía puede convertirse en Monarquía auténtica con el curso de su desenvolvimiento; pero en sí misma se basa en el principio democrático y hace del monarca un representante de la unidad política sostenido por la voluntad del pueblo y establecido como tal por un acto del Poder constituyente del pueblo.

Los seis tipos de Monarquía aquí enumerados —teocrática, patriarcal, patrimonial, feudal, de funcionarios y cesarista— se unen de diversa manera en los casos históricamente realizados de Monarquía, de modo que todo caso concreto contiene en sí varios de esos elementos juntos y mezclados. La Monarquía de los Príncipes territoriales alemanes del siglo XVIII, por ejemplo, la Monarquía prusiana bajo Federico Guillermo I, contenía elementos patrimoniales a causa de las grandes posesiones del Rey; feudales, en relación con los nobles; de Monarquía funcionarista, porque ya había surgido de los Comisarios del siglo XVII un aparato administrativo burocrático formado; en la unión con la Iglesia del país había también elementos religiosos. Sólo los elementos cesaristas faltaban por completo; éstos se hicieron posibles solamente con el servicio militar obligatorio y el sufragio universal, en el siglo XIX. Fr. Naumann, en su escrito *Demokratie und Kaisertum* (1900), intentó transformar la Monarquía alemana del siglo XX en una Monarquía cesarista, sin obtener resultado práctico, y también con una fundamentación teorética falsa. Pues una Monarquía legítima no puede transportarse a sí misma hacia otra base ideal; el principio de la legitimidad dinástica contradice el principio de la legitimidad democrática; aquí hay un dilema ineludible (arriba, pág. 104). Tan pronto como la legitimidad se convierte en base ideal de una institución, el Poder legítimo no puede ya actuar como portador de una nueva idea política. Poco antes de la Revolución de 1789 se intentaron en Francia construcciones análogas para unir la Monarquía existente con el Cesarismo, y se propuso que el Rey ejerciera una Dictadura apoyada en la confianza del pueblo (comp. *Die Diktatur*, página 112). Pero aun cuando Luis XVI hubiera reunido en sí todas las cualidades de un César o Napoleón, la simple circunstancia de ser el Príncipe legítimo hubiera bastado para hacerle imposible el desempeño de tal papel. Un principio político nuevo aparece siempre históricamente con nuevos hombres que lo incorporan.

4. En el siglo XIX, la idea auténtica de la Monarquía cede. La Monarquía existente aún se justifica con razones, o de tradición histórica, o de sentimiento. En la filosofía del Derecho y del Estado de Fr. J. Stahl se ligan entre sí diversos puntos de vista; pero incluso ahí falta lo monárquico específico del pensamiento, y la argumentación actúa como un discreto alegato. Se hace referencia al valor de lo históricamente alcanzado; se aducen las analogías con el Dios personal; se aporta, con vigor acentuado, la necesidad de que exista el sentimiento de la reverencia *(Pietät);* pero, en el fondo, se trata de la *legitimidad* tan sólo. Con razones históricas pueden justificarse las instituciones más diferentes. Pero cuando en realidad se defiende tan sólo el legítimo *status quo* político-interno, esto es cosa distinta al principio político-formal de la Monarquía. Las poetizaciones románticas de reyes, como se realizan en Novalis y Adam Müller, constituyen mucho menos aún una Teoría monárquica del Estado. Hacen del Monarca un punto de encuentro de estados de ánimo y sentimientos, y la Monarquía pierde

con ello su sentido, tanto político como institucional e incluso legítimo, porque, no sólo el Rey o la Reina, sino todas las personas o cosas posibles, el Pueblo tanto como el Monarca, el revolucionario como el fiel servidor de su señor, pueden despertar ocasionalmente una adhesión sentimental, y convertirse en tema de una glorificación poética. El pensamiento de la *representación* del Estado, principio político-formal de la Monarquía, se volatiliza en la idea de que el Rey es un *símbolo* o una especie de *bandera;* estos conceptos no tenían ya su antigua fuerza, y se convirtieron en simple ocasión de sentimientos y estados de ánimo románticos, mientras que la «Representación popular» pasaba a ser verdadero representante «del Pueblo», es decir, propiamente, de la unidad política del Pueblo.

5. La *Monarquía legítima* no es en ninguna especie de Monarquía sino un caso de la legitimidad.

II. *Significación que para la Teoría constitucional revisten las distintas justificaciones de la Monarquía.*

1. Todas las fundamentaciones principales de la Monarquía contienen en último término sólo dos ideas que en sentido específico llevan precisamente hacia la Monarquía: la idea de un *Dios* personal y la idea del *padre.* Ninguna de estas ideas pertenece en lo esencial a la esfera política. Allí donde la Monarquía tiene una justificación religiosa y se hace del Monarca un ser divino o colocado en especial relación con Dios, el pensamiento se mueve, no en lo político, sino en lo teológico o metafísico. Si se concibe el mundo como una unidad regida por un único Dios, y la unidad del Estado bajo un monarca como algo igual o análogo, el concepto primario es, sin duda, Dios y mundo, y no monarca y Estado. Si se concibe el monarca como padre de la familia estatal y se deriva de ahí el concepto dinámico de una Monarquía hereditaria, entonces la idea primaria es la de familia y no la de Estado. Son siempre ideas no-políticas las que constituyen el nervio de la argumentación. La idea teológica o cósmica habría de llevar a una Monarquía universal, suprimiendo así la conexión específica del Monarca como un cierto Estado y un cierto Pueblo, ya que, frente al pensamiento de la absoluta unidad del mundo, es inconcebible la pluralidad de los Estados y Pueblos. Pero la familia es una unidad fundada en la descendencia física y en la comunidad doméstica, a la cual falta el carácter de *lo público.* No es una magnitud política, como el Pueblo. Tales fundamentaciones de la Monarquía lo son del dominio y autoridad en general, pero no de un principio político formal en su peculiaridad.

2. De muy distinta especie son las fundamentaciones racionalistas de la Monarquía surgidas desde el siglo XVIII. Para la filosofía de la Ilustración, el rey no es otra cosa que el *premier magistrat,* el primero y —cuando las cosas van de modo razonable— más ilustrado funcionario, que puede cuidar de la mejor manera del bienestar de sus súbditos menos ilustrados. Pero de esto, no resulta ni principio hereditario ni legitimidad de la Monar-

quia, y cuando a un príncipe le falta aquella cualidad de hombre ilustrado, desaparece la fundamentación.

En el siglo XIX se caracterizan las justificaciones racionalistas y empíricas de la Monarquía insertando al monarca en el sistema de la distinción de poderes, propio del Estado de Derecho, y haciendo de la Monarquía una simple forma del Gobierno, y convirtiendo al monarca en el más o menos influyente *Jefe del Ejecutivo*. Siendo diferentes las fundamentaciones, tienden todas ellas a probar la *utilidad* y *conveniencia* de la Monarquía. El ejemplo típico es la siguiente consideración, que se encuentra ya en Mably y De Lolme, pero también está todavía muy pronunciada en Max Weber (*Grundriss der Sozialökonomik Wirtschaft und Gesellschaft,* III, pág. 649): por la Monarquía hereditaria queda sustraído a la competencia política el puesto más alto en el Estado; con ello se le quita a la lucha política interna su extremo peor; así se suaviza y racionaliza la pugna, pues los esfuerzos de los políticos hacia el poder están limitados por el hecho de hallarse ocupado de una vez para siempre el puesto más alto en el Estado. «Esta última función, negativa en esencia, adherida a la simple existencia de un rey llamado a serlo por reglas fijas, es quizá la de mayor importancia práctica para una consideración puramente política» (Max Weber).

La posición del monarca se basa, pues, ante todo, en que se encuentra *por encima de los partidos*. Cuando el Estado se transforma, por la parlamentarización y democratización, en un Estado de partidos, se convierte en una posición especial y muy significativa. El rey recibe una posición especial en la organización de los distintos «poderes», frente al Legislativo y al Ejecutivo. Se convierte en un poder neutral, un *pouvoir neutre,* una entidad imperceptible que allana, templa y modera todas las contraposiciones y rozamientos entre las diversas actividades y funciones del Estado, un *invisible modérateur*. Esta construcción es típica del Estado de Derecho liberal de la Monarquía parlamentaria. Procede de Benjamin Constant. Históricamente, su ideal encuentra la mejor expresión en la Monarquía burguesa de Luis Felipe. Pero todo el pensamiento de un poder neutral es de interés inmediato, incluso para construir la posición de un Presidente de República.

El papel del *pouvoir neutre* o *modérateur* se sustrae, por su naturaleza, a una determinación formal de la Ley constitucional; comp. las explicaciones sobre el papel del Presidente alemán, abajo, § 27, III, pág. 328. Ocasionalmente, se encuentran también prescripciones expresas en Ley constitucional; así, la Constitución (imperial) del *Brasil,* de 25 de marzo de 1824, que habla, en el título IV, del Poder legislativo, y después, en el título V (arts. 98 y sigs.), del Emperador, bajo el epígrafe «Du pouvoir modérateur»: «Le pouvoir modérateur est la clef de toute l'organisation politique, il est délégué exclusivement à l'empereur comme chef suprême de la Nation et son premier représentant», etc.

3. Todas las consideraciones de utilidad y conveniencia, así como todos los argumentos extraídos de la experiencia histórica que puedan ser aportados por teorizadores liberales como Benjamin Constant y Guizot, o

por monárquicos antiliberales como Charles Maurras, son por necesidad relativos y, considerados desde el punto de vista de la experiencia histórica, dependen de un importante supuesto: valen sólo para una dinastía establecida sin interrupción en el trono desde algunas generaciones. El monarca puede renunciar por completo a su influencia política y abandonar al Parlamento o a un poderoso jefe de partido la dirección política y toda *potestas;* puede desaparecer durante mucho tiempo como factor de fuerza política, pero debe mantener la continuidad de la posesión del trono si ha de cumplir aquellas funciones justificadoras (poder neutral por encima de los partidos, representación de la continuidad del Estado en las crisis). Si la continuidad se interrumpe, entonces fallan todas aquellas pruebas, porque entonces el monarca ha caído en la lucha de los partidos, y su propio asunto se ha hecho asunto de partido.

Los argumentos racionalistas de conveniencia sólo se refieren, pues, a una Monarquía cuya seguridad política es inconmovible; no valen más que para una Monarquía «vieja», no para el «Príncipe nuevo», el «Príncipe nuovo», para quien Maquiavelo escribió su libro del Príncipe. Maquiavelo dice enérgicamente en ese célebre escrito que es fácil mantenerse en el trono cuando se tiene el dominio en tiempos tranquilos, como Príncipe generalmente honrado y respetado; por el contrario, es una situación política completamente distinta la de fundar un nuevo dominio monárquico, y defenderlo. Si se ha roto la cadena derribando una dinastía, fallan todas aquellas justificaciones y argumentos. A ningún caso de restauración monárquica son aplicables, porque hasta ahora se han malogrado todas esas restauraciones: 1660-1688, los Estuardos en Inglaterra; 1815-1830, los Borbones en Francia; en cierto sentido, también 1852-1870, la restauración de la familia Bonaparte con Napoleón III. Ch. Maurras dice que toda política democrática lleva a reclamar la ayuda de Gobiernos extranjeros por razón de las contraposiciones de partido en la política interior, Gobiernos que se mezclan en la política del Estado democrático; cita como ejemplo clásico el fenómeno típico en las Democracias griegas de que los partidos aristocráticos reclamaran la ayuda de los lacedemonios, y los democráticos, de los atenienses; el mismo fenómeno se repitió en los Estados italianos del siglo XVI, cuando en Florencia se hacía un partido aliado de los franceses, y el otro, de los españoles o los alemanes. Esta experiencia histórica es, sin duda, muy interesante; pero se encuentra situada frente a la otra experiencia de que las Monarquías restauradas no se logran sin apoyo extranjero, político-externo. La unión de los Estuardos con el Rey de Francia, por ejemplo, habría de caracterizarse, desde el punto de vista nacional inglés, como una traición a la patria, y la política monárquica de la Santa Alianza de 1815-1830 condujo a continuas intervenciones. Las experiencias históricas no permiten alcanzar un sistema político libre de contradicciones, y si se quiere fundar la Monarquía sólo en la Historia, falta toda razón inequívoca y todo principio. No cabe decir más, sino que la Monarquía surge y perece, como todo, en la Historia.

III. *La posición del Monarca en la Constitución moderna.*

1. La Monarquía constitucional se basa en el desplazamiento del principio monárquico por la distinción de Poderes; el monarca representa la unidad política como jefe independiente del Ejecutivo, mientras que se le contrapone, como segundo representante, una Representación popular (el

Parlamento). De esta manera, se pone en práctica una distinción y contrapeso que corresponde al principio orgánico del Estado burgués de Derecho. Esto no decide la cuestión de la soberanía, que queda abierta. En la Monarquía constitucional de Alemania, el principio monárquico mantuvo durante el siglo XIX su validez detrás de la normación constitucional; la Monarquía era ahí forma política auténtica, y no sólo forma del Gobierno y elemento orgánico del Ejecutivo.

Fr. J. Stahl, el teorizador de la Monarquía constitucional prusiana, desarrolló con éxito, por lo que se refiere a las Constituciones alemanas, la singularidad de la Monarquía constitucional, frente a la parlamentaria. Según él, la esencia de la Monarquía constitucional consiste en que el Monarca constitucional tiene todavía un poder verdadero, su voluntad personal significa algo todavía, y no nace en el Parlamento. Sigue siendo, «por el aseguramiento de sus facultades, un factor distinto e independiente del Poder del Estado» *(Die Revolution und die konstitutionelle Monarchie,* 2.ª ed., 1849, págs. 33, 76 y sigs., 93 y sigs.). Era una distinción de gran importancia práctica, pero, en principio, tan sólo el reconocimiento de un Estado burgués de Derecho y de un liberalismo que moderaba el ejercicio del poder monárquico. Se puede llamar a eso «Monarquía constitucional» y hasta ponerla en contraste con la «Monarquía parlamentaria», aun cuando ésta es también constitucional. No cabía desconocer que la contraposición *política* de principio era la de Monarquía y Democracia. La Monarquía constitucional no es una forma política especial, sino una vinculación de los principios del Estado burgués de Derecho con el principio político de la Monarquía, manteniendo la soberanía del Monarca, que se manifiesta en seguida en todo conflicto y en toda crisis (arriba, pág. 104). La expresión «Monarquía constitucional» deja abierta la cuestión decisiva de si la Monarquía deja de ser forma política para convertirse en simple forma del Gobierno, o si queda garantizado el principio monárquico.

En la Monarquía parlamentaria del continente europeo —Francia bajo la Monarquía burguesa de Luis Felipe, 1830-1848, y Bélgica con la Constitución de 1831— sigue siendo el monarca jefe del Ejecutivo, pero la dirección política depende de la coincidencia con la mayoría del Parlamento. Aquí la forma política no era ya monárquica; antes al contrario, la Monarquía se había convertido en elemento orgánico dentro del contrapeso de poderes del Estado liberal de Derecho. F. J. Stahl llama a esto «Constitucionalismo liberal». Se distingue de la Monarquía constitucional alemana (en la terminología de Stahl) en que ha sido suprimido el principio monárquico. Por eso, necesariamente, el principio democrático ha de pasar a ser fundamento de la unidad política, si es que ésta ha de seguir existiendo. Lo «constitucional», es decir, lo característico del Estado burgués de Derecho, se incorpora como elemento independiente a ambos principios político-formales, trata de utilizarlos y contrapesarlos y se une con ellos.

Artículo 25 de la Constitución belga: «Tous les pouvoirs émanent de la Nation. Ils sont exercés de la manière établie par la Constitution.» Fr. J. Stahl distingue: 1.º, constitucionalismo radical; ejemplo: la Constitución francesa de 1791, que le parece radical porque el Rey sólo tiene un veto suspensivo frente a la Legislación, y, por consiguiente, él mismo no es órgano legislativo, sino que está limitado estrictamente

al Ejecutivo; 2.°, constitucionalismo liberal, es decir: legislación con sistema bicameral, veto regio y Ministros dependientes de la confianza del Parlamento; 3.°, la Monarquía constitucional propiamente dicha, por ejemplo, la Constitución prusiana de 31 de enero de 1850, en que el Gobierno queda en manos del Rey, se requiere la anuencia de éste para las leyes, y él convoca, cierra, suspende y disuelve el Parlamento. La distinción viene determinada, como toda la construcción de Fr. J. Stahl, por la especial situación política de la Monarquía alemana. Su punto cardinal está en que el constitucionalismo, es decir, un principio liberal, es reconocido con razón como un principio *a insertar* en el principio político de Monarquía o Democracia, mientras que —según se mostró antes— queda abierta, sin que el reconocimiento de una «Constitución» baste a decidirla, la cuestión política capital: Monarquía o Democracia.

2. La Monarquía parlamentaria a estilo belga es, sin duda, Monarquía constitucional, pero con renuncia al principio monárquico, o, lo que es igual, transformación de la Monarquía como forma política en una forma de organización del Ejecutivo (Gobierno). Por causas históricas, subsiste ahí el nombre «Monarquía»; con razón, en tanto que el Monarca pierde, es cierto, todo poder *(potestas)*, pero puede seguir existiendo como autoridad y ejercer muy bien las funciones peculiares de un «poder neutro». La dirección política está en manos de sus ministros, que son responsables ante la Representación popular y dependen de su confianza. La fórmula célebre reza: *Le roi règne, mais il ne gouverne pas.* La cuestión planteada por un gran maestro alemán de Derecho político, Max von Seydel: ¿qué resta del *règner* cuando se despoja del *gouverner?*, puede contestarse distinguiendo entre *potestas* y *auctoritas* (arriba, pág. 93) y teniendo presente la significación peculiar de la autoridad frente al poder político.

IV. *El Presidente en una Constitución republicana.*

1. En el proceso del siglo XIX hacia el Estado de Derecho se emplea y utiliza de un modo peculiar la institución histórica tradicional de la Monarquía. El rey fue insertado como «jefe del Ejecutivo» con diversas facultades, en el sistema de la distinción de poderes, pero siempre como cúspide de un determinado poder. La Monarquía pasó así, de forma política, a simple forma de Gobierno; pero retuvo su carácter representativo. Correspondía al pensamiento del contrapeso —propio del Estado de Derecho— el colocar frente a la representación por una Asamblea (el Cuerpo legislativo) otra representación, de manera que el soberano, es decir, el Pueblo, según los principios democráticos, quede en segundo plano y, provisionalmente, no actúe. El principio democrático (de identidad del pueblo consigo mismo como unidad política) se contrapesaba con el principio de la representación, suprimiendo y allanando el peligro de que el principio de la representación se estableciera *absolutamente,* al poner, uno frente al otro, *dos* representantes, monarca y Representación popular.

Esta construcción se une de manera ideal al Estado burgués de Derecho con una mezcla de ambos principios político-formales (Monarquía y Democracia); es típica de la Constitución del Estado burgués de Derecho,

y se mantuvo allí donde la Monarquía se había hecho imposible, aun como forma del gobierno, estableciéndose la República. La evolución constitucional francesa del siglo XIX es en esto muy clara. A consecuencia de las repetidas interrupciones de la continuidad, y habida cuenta de los numerosos cambios en el trono que en el siglo XIX había experimentado el pueblo francés, era apenas concebible la autoridad de ningún monarca. Pero subsiste aquella construcción del contrapeso —propia del Estado de Derecho—, y con ella también la construcción de un jefe del Ejecutivo independiente, que tenga carácter representativo. Este Presidente es el monarca republicanizado de la Monarquía parlamentaria; se le mantiene por razón de la distinción de poderes y se le atribuyen ciertas facultades (por ejemplo, disolución del Parlamento), con lo que el Gobierno se contrapesa en una cierta independencia frente al Parlamento.

La construcción teorético-política de ese sistema ha sido desarrollada por Prévost-Paradol, en varios artículos y, sobre todo, en su libro *La France nouvelle,* 1869. Sus pensamientos tuvieron gran influjo en las leyes constitucionales francesas de 1875. No se quería entonces en Francia que el Presidente fuera inmediatamente elegido por el pueblo, porque se estaba todavía bajo la impresión de un peligroso precedente: el golpe de 1851, intentado con gran éxito por el Presidente Luis Napoleón, elegido por todo el pueblo francés. Por lo demás, la finalidad política de los autores de aquellas leyes constitucionales de 1875 se dirigía al restablecimiento de la Monarquía; se intentaba erigir la normación legal-constitucional de modo que facilitara en lo posible una nueva entronización de la Monarquía. La construcción del contrapeso de poderes es, sin embargo, la misma.

2. La *Constitución de Weimar* aceptó ese sistema, introduciendo en la Constitución elementos de un sistema presidencial junto a los de un puro sistema parlamentario. El Presidente del Reich es elegido por todo el Pueblo alemán; tiene una serie de competencias importantes de naturaleza política, como la representación internacional del Reich (art. 45, C. a.), nombramiento y separación de los funcionarios del Reich y oficiales (artículo 46), alto mando de las fuerzas armadas del Reich (art. 47), ejecución del Reich contra un País (art. 48, 1), medidas del estado de excepción (artículo 48, 2), derecho de gracia en el Reich (art. 50). Sus facultades frente al Parlamento, destinadas a crear en su cargo un contrapeso del Reichstag, son: facultad de disolución (art. 25) y disposición de un referéndum contra una ley acordada por el Reichstag (art. 73); comp. la ojeada en el esquema de un equilibrio arriba, pág. 197.

El Presidente del Reich entra a posesionarse de las atribuciones del Emperador en plenitud (es decir, en tanto que no se encuentre dispuesta otra cosa), según el art. 179, 1, a base de la Ley sobre el poder provisional del Reich de 10 de febrero de 1919 y a base de la Ley transitoria de 4 de marzo de 1919, recibiendo, sobre todo, el poder de organización, esto es, la facultad de regular la institución, competencia y servicio de las autoridades del Reich en la medida en que el Emperador era competente para ello. No puede hablarse aquí de una herencia jurídica, ni tampoco, como

dice Anschütz (*Kommentar,* pág. 435), de una herencia jurídica mediata, pues el fundamento jurídico no es el mismo. Pero en ese incidir en facultades semejantes, en la aceptación de toda una posición, se muestra cuán análogo es el puesto del Presidente del Reich al de un jefe del Ejecutivo de carácter monárquico. Aquí, como en otros casos, se relativizan en medios de organización ciertos elementos de un principio político-formal, se unen con los principios del Estado burgués de Derecho y con elementos político-formales contrapuestos, y se emplean en una mezcla típica de la Constitución del Estado burgués de Derecho.

§ 23

ELEMENTOS ARISTOCRATICOS EN LAS CONSTITUCIONES MODERNAS DEL ESTADO BURGUES DE DERECHO

I. La forma política de la Aristocracia se basa en el pensamiento de la representación. Pero la consecuencia de ese principio formal queda debilitada y atenuada, por cuanto no es una única persona, sino una pluralidad de personas, quien representa. Así, en la Aristocracia misma hay ya una cierta *modération* (arriba, § 16, IV, pág. 217).

La Constitución moderna del Estado burgués de Derecho emplea de dos modos elementos formales del principio aristocrático. Por lo pronto, el imperio del Parlamento es un sistema, cuando no aristocrático, oligárquico (sobre esto, abajo, § 24). Además, pueden utilizarse elementos formales y estructurales como medios de organización del contrapeso de poderes, con lo que se nivelan mejor los elementos democrático y monárquico. Mientras que el elemento monárquico es especialmente adecuado a la construcción del Ejecutivo, y a tal fin se emplea (§ 22, IV, pág. 295), se ha insertado el elemento aristocrático, en una organización de *división de poderes,* en el *Legislativo,* y dentro de él se ha contrapuesto una *Alta Cámara,* más o menos aristocrática, a la Cámara Baja, concebida democráticamente. Así surge el sistema bicameral de la moderna Constitución del Estado de Derecho.

II. *Idea y justificación del sistema bicameral.*

1. Para la introducción del sistema bicameral en la mayor parte de los Estados del continente europeo, fue decisivo el modelo inglés. Ese sistema tenía una especial evidencia para las ideas liberales del siglo XIX. Se prestaba bien a ser puesto en consonancia con el principio de la distinción de poderes, y ofrecía además la posibilidad de proteger el poder social de

ciertos estamentos y clases contra una democracia radical. Por eso, se le opusieron en igual manera pretensiones, tanto liberales como conservadoras. Eso explica también la gran difusión del sistema. En Alemania, como en Francia, consideraron la mayor parte de los liberales institución razonable y prudente un sistema bicameral, y lo construyeron de diversas maneras.

2. La fundamentación y formulación del sistema bicameral, clásica para el liberalismo burgués del siglo XIX, se encuentra en Benjamin Constant. Concibe la Cámara Alta como una *representación* especial, e intenta dividir la representación estableciendo diversos objetos de la misma. La Cámara de Diputados surgida del sufragio es un «representante» de la tornadiza opinión pública; la Cámara Alta, basada en la herencia, «representante de la duración y continuidad» (*durée,* en contraste con «opinión»). Al «poder real», como «neutral» (arriba, pág. 280), al Ejecutivo, como aplicación, y al poder judicial ya no les llama «representativos». Con diversas modalidades se repite el pensamiento de que a una Cámara Baja, dominada por opiniones y mayorías cambiantes y basada en el número y cantidad, debe ponérsele al lado una especial representación de la estabilidad y calidad. También han reconocido expresamente tal construcción de una Cámara Alta algunos liberales alemanes.

Bluntschli: *Allgemeines Staatsrecht,* I, pág. 512; Gneist: *Englische Verfassungsgeschichte,* págs. 675 y sigs.; las manifestaciones de Benjamin Constant en sus *Oeuvres politiques,* pág. 18.

3. La lógica política de una Democracia ha de contradecir el sistema bicameral, pues la Democracia se basa en el supuesto de la identidad del pueblo unitario. Una segunda Cámara, independiente de toda significación política, pondría en peligro el carácter unitario del pueblo todo, introduciendo un dualismo precisamente para el Legislativo que pasa por ser expresión de la voluntad general, de la *volonté générale,* en un sentido especial. Allí donde una Constitución quiera acentuar bien la soberanía de la Nación, una e indivisa, y dominen quizá todavía recelos políticos ante el poder social de una Aristocracia, el sistema unicameral tendrá que ser practicado con rigor.

Así, las Constituciones francesas de 1791 a de 1848. Para esta última, propugnó Tocqueville el sistema unicameral, porque, según ella, el Presidente de la República francesa había de ser elegido por todo el pueblo francés, y a un Presidente elegido por todo el pueblo sólo podía contraponérsele un Cuerpo legislativo unitario, elegido por todo el pueblo. Sobre la aversión de los suizos al sistema bicameral, Esmein-Nézard, I, pág. 126.

La recusación democrática ha de explicarse porque la Democracia se basa en el supuesto de una plena homogeneidad y unitariedad. Para una Constitución democrática la cuestión del sistema bicameral se reduce a una clara alternativa: *o bien* han de encontrar su expresión en la segunda Cámara singularidades sustanciales, dignas de aprecio, dentro del pueblo —es-

pecial formación, especial experiencia, edad, riqueza, propiedad inmueble—, y entonces significa ese sistema una vulneración de la igualdad y homogeneidad democrática de todos los ciudadanos, *o bien* no se trata de diferencias y singularidades esenciales, y entonces no se ve por qué ha de irse a la formación de una Cámara especial. El interés del Estado de Derecho por el contrapeso en sí, y el interés liberal por la protección de minorías dignas de aprecio, pueden fácilmente llevar a contradicción con la lógica del principio democrático. Esto es aplicable también a intentos más modernos de contrapesar en un sistema bicameral otras diferencias sociales, sobre todo, la contraposición de capital y trabajo. Esta es tan fuerte que su organización en dos cuerpos haría aún más visibles los contrastes sociales y pondría aún más en peligro la unidad política.

III. *Los tipos históricos del sistema bicameral.*

1. *La Alta Cámara inglesa.*

Desde el siglo XIV (1332) se reunía la Asamblea de los Lores: a saber, alta nobleza, duques, condes y altos barones, que eran vasallos del Rey y formaban el *Magnum Concilium,* asamblea de séquito feudal, separada, como *Cámara alta,* de la baja nobleza, es decir, de los caballeros que se reunían en una Cámara de los Comunes, *House of commons,* con los representantes de las ciudades y municipios. Ambas Cámaras con el Rey formaban el Parlamento. Cada una de ellas ha tenido un especial desarrollo histórico. La Cámara de los Lores es, hasta el día de hoy, una Cámara de Pares, es decir, de señores que en su parte principal se integra de miembros hereditarios nombrados por el Rey. Hasta 1832 existía entre ambas Cámaras una homogeneidad de hecho, porque la mayoría de una se correspondía con la de la otra, por cuanto que la Cámara baja no era todavía elegida según los postulados fundamentales de la Democracia moderna, sino a base de un Derecho electoral medioeval por lugares, determinado a través de muchas casualidades históricas, mediante el cual los Lores de la Cámara alta dominaban las elecciones para la Cámara baja. En el nuevo proceso que comienza en 1832, la Cámara baja se convierte en una Cámara de Diputados en el sentido de la Democracia moderna; la Cámara alta, por el contrario, ha conservado su carácter aristocrático. Sin embargo, ha perdido por el Acta de Parlamento de 1911 la completa paridad, como factor de la Legislación, con la Cámara baja; ahora, una ley puede ser promulgada por el Rey sin la anuencia de la Cámara alta, cuando haya sido aprobada sin modificación dentro de un cierto plazo por la Cámara baja en tres legislaturas consecutivas. La Cámara alta conserva tan sólo un «veto suspensivo». Junto a esto, ese Acta de Parlamento de 1911, cierra otro proceso que se había iniciado para el Derecho de finanzas: sobre las llamadas «leyes de dinero» decide sola la Cámara baja, aun cuando también la Cámara alta discute; la cuestión de qué debe considerarse, en caso de duda, «ley de dinero», es decidida por el *Speaker* de la Cámara baja sin que la Cámara alta tenga derecho a cooperar a la decisión.

Al presente (verano de 1927) se han presentado planes de reforma para devolver a la Cámara alta una parte de su antiguo poder. El sentido político de esos esfuerzos está en que a una Cámara baja en la que, a causa del Derecho electoral democrático, es un factor permanente de poder el partido laborista, debe contraponérsele una alta Cámara conservadora, como eficaz contrapeso. Aquí el equilibrio está destinado a la protección del orden burgués existente.

2. En la mayor parte de los Países del continente europeo se introdujo el sistema bicameral a imitación del modelo inglés. Para esto fue eficaz aquella idealización de las situaciones constitucionales inglesas que comenzó con Montesquieu y ha continuado durante todo el siglo XIX, y en algunos autores incluso todavía en el XX.

Montesquieu, *Esprit des lois,* XI, 6: «Hay siempre en un Estado hombres que se distinguen por su nacimiento, riqueza y posición. Pero si sobresalieran en el pueblo, la libertad común quedaría sometida a su opresión y no tendrían ningún interés en defender la libertad, porque la mayor parte de las resoluciones irían dirigidas contra ellos. Su participación en la legislación ha de tener en cuenta, por eso, sus especiales intereses.» La *ratio* de esa especie de Cámara especial está en que una minoría apreciable para el Estado no debe ser aplastada mediante los postulados democráticos fundamentales.

De estas ideas resulta una *Cámara de Pares* aristocrática, un *corps de nobles* o Cámara de señores, colocada junto a una Representación popular propiamente dicha.

Así, la *Chambre des paires,* según el art. 27 de la Carta francesa de 1814 y el artículo 23 de la Constitución de la Monarquía burguesa de 1830. La Constitución prusiana de 1850, art. 62: «El poder legislativo es ejercido en común por el Rey y dos Cámaras; es exigible para toda ley el acuerdo del Rey y de las dos Cámaras»; art. 65: «La primera Cámara estará compuesta de miembros que el Rey designe a título hereditario o con carácter vitalicio.»

3. Sistema bicameral a base de las singularidades de una organización *federal.* Aquí se forma, junto a la Cámara de Diputados surgida por sufragio universal de todo el pueblo, una Cámara especial de los Estados miembros, como *Cámara de Estados.* Con esto, surge al lado de la Cámara de Diputados unitario-democrática, una «Asamblea de las individualidades estatales federadas» (Bluntschli).

El *Senado,* en los *Estados Unidos de América,* forma, con la Cámara de representantes, el «Congreso»; el *Consejo de Estados* de la Confederación *suiza,* como representación de los Cantones, junto al Consejo nacional; ambos forman (como «dos secciones») la Asamblea federal; el § 85 de la Constitución de *Francfort* de 1849: El *Reichstag* se compone de dos Cámaras, la *Cámara de Estados* y la *Cámara popular.*

El *Reichsrat* de la Constitución de Weimar (arts. 60-67, C. a.) se encuentra en realidad cerca de una segunda Cámara, por lo que a facultades y actividad se refiere, pero no está construido como representación especial, sino sólo como una representación de los Países alemanes en la legislación y administración del Reich, y por cierto como Asamblea de mandatarios de los Gobiernos de País. A través de su derecho de cooperación en la obra legislativa (iniciativa de ley, según el art. 69, y derecho de veto, según el art. 74, C. a.), puede adoptar funciones de segunda Cámara en el sistema

de una construcción de división de poderes; pero no forma, junto con el Reichstag, un Parlamento.

4. Sistema bicameral en un Estado democrático unitario, por simples razones de división de poderes; se opone una segunda Cámara, como *Senado,* a la Cámara de Diputados, para establecer una división dentro del Legislativo, y con ello crear frenos y controles, logrando una deliberación y discusión a fondo de las leyes. A este propósito ha de aplicarse el pensamiento, expresado ya por Bolingbroke (arriba, pág. 279), de que la Cámara alta ha de tener una función arbitral entre rey y Cámara baja, es decir, entre el jefe del Ejecutivo y la Representación popular, jugando así un papel de mediador.

Allí donde tales razones conducen, en una República basada en el principio democrático, a erigir una segunda Cámara, se suscita la cuestión de en qué singularidades de organización se distingue esa segunda Cámara de la otra. Sería antidemocrático crear una institución basada en la *herencia,* o siquiera en la *elección vitalicia,* en lugar de los métodos de *elección periódica.* El Senado francés debía de contener, según la ley constitucional de 1875, setenta y cinco senadores de la Asamblea nacional, entonces reunida, y después designados vitaliciamente por cooptación. Sin embargo, esto fue ya abolido algunos años después (ley de 9 de diciembre de 1884). En el caso de herencia, e incluso de elección vitalicia, la independencia y representación se hacen tan fuertes que queda vulnerado el principio democrático de la identidad. Por tanto, hay que contentarse con pequeñas diferencias y matizaciones: diversidades de la edad electoral, de los votantes o del número de los miembros, elección directa en lugar de indirecta, renovación periódica, en que sólo una minoría cesa y es elegida de nuevo, para mantener la continuidad de la Cámara, diferencia de los distritos electorales o de los sistemas electorales. Pero éstas son diferencias que no alcanzan a formar el fundamento ideal para una institución independiente con significación política.

5. En época reciente se ha intentado estructurar el sistema bicameral como unión de una Cámara económica con otra política, o de un Parlamento económico con un Parlamento puramente político, de modo que en último caso habría *dos Parlamentos* (no tan sólo dos Cámaras).

Cuando la contraposición de Cámara alta y Cámara baja significa la contraposición de capital y trabajo, el sistema bicameral es sólo desarrollo de una contraposición de clases. Pero si se intenta, soslayando esa contraposición, separar Política y Economía y basar en tal separación el sistema bicameral, el intento carecería de perspectivas, porque la decisión pertenece siempre a lo político. Lo mismo cabe decir para la construcción de dos Parlamentos. Si el Parlamento económico afirma su posición junto al Parlamento político, en el caso crítico ha de surgir un conflicto, a menos que ambos Parlamentos sean absolutamente homogéneos y por ello absolutamente superflua su duplicidad. Pero si surge un conflicto, aquel Parlamento que se revele como parte decisiva se convierte en Parlamento *político,* porque toma sobre sí la dirección, y con ello, la responsabilidad, siendo indiferente que haya sido organizado de antemano como Parlamento político o económico. Este reparo afecta, tanto a las propuestas de Mr. y

Mrs. Webb de poner, uno junto a otro, dos Parlamentos (político y social) con iguales facultades, como también a las propuestas alemanas que exigen un Parlamento económico para librar a la economía de la «política» (refiriéndose a la política de partido al modo actual); comp. Tatarin-Tarnheyden, *Die Berufsstände,* Berlín, 1922, pág. 238; *Schmollers Jahrbuch,* 49, 1925, pág. 185; *Zeitschr. f. Politik,* XV, pág. 120; además, H. Brauweiler, *Berufsstände und Staat,* Berlín, 1925, y *Preussische Jahrbücher,* octubre, 1925, pág. 64; Brauweiler es adversario del sistema bicameral.

La Constitución de Weimar introdujo en el artículo 165 un *Consejo económico del Reich,* concebido como organización destinada a compendiar un sistema de representaciones de obreros y empleados en relación con Consejos económicos de distrito formados paritariamente (por representantes de patronos y de obreros), pero hasta ahora (otoño 1927) sólo existe como Consejo económico del Reich con carácter provisional a base de un decreto de 4 de mayo de 1920 *(Gac.,* pág. 858), con representantes de las distintas profesiones económicas y partes de la vida económica. Según el artículo 165, 4, han de ser sometidos por el Gobierno al dictamen del Consejo económico del Reich los proyectos de ley político-sociales y político-económicos de significación fundamental. El Consejo económico definitivo tiene también el derecho, incluso de proponer tales leyes, es decir, un derecho de iniciativa, y puede hacer que uno de sus miembros defienda ante el Reichstag la propuesta. En lo demás, no tienen ningún derecho a cooperar en la legislación del Reich; está limitado en esencia a una actividad dictaminadora. Apenas si se puede colocar esa institución del artículo 165, C. a., bajo el punto de vista de la división de poderes, pues el Consejo económico del Reich no es una Cámara especial, aun cuando sus miembros (como ocurre según el art. 5 del decreto de 4 de mayo de 1920) se consideren representantes de los intereses económicos de todo el Pueblo y no estén ligados a mandatos. Tampoco puede entenderse como Parlamento económico independiente, porque un Parlamento para leyes económicas y otros asuntos necesitaría tener un derecho de resolver con independencia. El encontrarse limitado en esencia a una actividad dictaminadora, ha comportado también el que todavía delibere tan sólo en *Comisiones* y no sean observadas ya las formalidades de una discusión pública, que es propia del Parlamento. Nada cambian de este resultado determinadas atribuciones de Derecho administrativo, como la concesión del permiso para la fabricación de fósforos (ley del Reich de 28 de mayo de 1927, *Gac.,* I, pág. 123). Pudiera ocurrir que hubiera en esto iniciaciones de una peculiar y nueva construcción, no comprensible con las ideas tradicionales de organización estatal; sin embargo, hay que decir hasta hoy que ese Consejo económico del Reich de la Constitución de Weimar no es ni una segunda Cámara ni un Parlamento económico.

IV. *Competencias y facultades de la Cámara alta.* La competencia peculiar está en el terreno de la legislación. Pero el modelo inglés ha inducido a transferirle también a esta Cámara otras competencias, en particular la administración de justicia, y, ante todo, la justicia política.

1. *Legislación.*

a) Cooperación positiva y en igualdad de facultades en la aprobación de la ley.

Según el sentido originario del sistema bicameral, la ley surge por acuerdo coincidente de ambas Cámaras, al que se añade todavía, en la Monarquía constitucional, el asentimiento del rey. Un simple veto o derecho de objeción no bastaría a prestar a una corporación el carácter de cuerpo legislativo. Tampoco un veto absoluto implicaría un derecho a cooperar en la legislación, sino una facultad peculiar de injerirse *desde fuera* y como *freno,* en el derecho a legislar, no concebida como cooperación, sino sólo como límite y protección contra el abuso. Mucho menos puede valer como derecho de cooperación la facultad de oponer un veto sólo suspensivo y basar en ello el carácter de segundo cuerpo legislativo. Por lo demás, en la práctica no puede distinguirse con frecuencia tal derecho de objeción de un derecho de cooperación, y esto, cuando el que posee ese derecho de objeción tiene al mismo tiempo un derecho independiente de iniciativa de ley. Resulta evidente que tal derecho de iniciativa, por sí solo, no puede todavía servir de base al carácter de cuerpo legislativo. Otras posibilidades de freno, por ejemplo, la facultad que tenga una Cámara de determinar, frente a una ley aprobada por la otra, un referéndum o una disolución, esto es, la posibilidad de apelar al pueblo, no dan lugar todavía a una facultad de cooperación en la obra legislativa.

Ya se ha dicho que la cooperación de la Alta Cámara inglesa se encuentra limitada, de modo que aquí suele hablarse de un simple derecho de veto suspensivo (p. ej., Esmein-Nézard, I, pág. 209). Sin embargo, la Cámara alta sigue siendo competente, aparte de las leyes monetarias, para la deliberación de los acuerdos de ley. La expresión «simple derecho de veto» es inexacta práctica y teóricamente.

El *Senado* francés es una segunda Cámara, fundamentalmente coordinada con la Cámara de los Diputados por lo que respecta al derecho de legislar. Coopera, según la Ley constitucional de 25 de febrero de 1875 (art. 5), en la disolución del Parlamento: el Presidente de la República puede disolver la Cámara de los Diputados con la anuencia del Senado; el derecho de cooperación del Senado produce aquí un contrapeso y da lugar a una especie de posición arbitral entre Cámara de los Diputados y Presidente de la República.

El Reichsrat alemán tiene, según el art. 74, C. a., la facultad de suscitar *objeciones* contra una ley acordada por el Reichstag. La ley vuelve entonces a una segunda resolución del Reichstag. El Reichsrat resuelve, pues, tan sólo acerca de la objeción contra un acuerdo de ley; el acordar una objeción no es acordar una ley. Mediante un segundo acuerdo del Reichstag (para el cual, según la recta interpretación, basta con una única lectura) el Reichstag adopta posición frente al reparto, pero sin decidir definitivamente sobre él. La decisión depende de que el Presidente del Reich disponga un referéndum o no. Si en el segundo acuerdo del Reichstag se da una simple mayoría, lo aprobado no es ley; si en este caso el Presidente del Reich no dispone un referéndum, ha prosperado la objeción del Reichsrat, y queda impedida la vigencia de la ley. Pero cuando el segundo acuerdo del Reichstag es adoptado por una mayoría de dos tercios de los miembros presentes, la objeción del Reichsrat queda superada si el Presidente del Reich no dispone un referéndum.

El Reichsrat puede, según el art. 76, C. a., exigir que se disponga un referéndum frente a los acuerdos de ley de reforma constitucional adoptados por el Reichstag. Esta facultad se explica por el tratamiento que la ley constitucional da a su derecho de objeción. Se encuentra prescrito en el art. 76, C. a., que la aprobación de una ley de reforma de la Constitución requiera una mayoría cualificada de dos tercios (mayoría de dos tercios del número legal de miembros de la Cámara, para que ésta pueda adoptar el acuerdo; acuerdo por dos tercios de mayoría de los presentes). La mayoría de dos tercios en el segundo acuerdo sería sólo una repetición respecto del primero, no significaría ninguna cualificación especial, y desalojaría la objeción del Reichsrat, en ese caso de especial importancia, si el Presidente del Reich no se resolviera a disponer un referéndum. Ese resultado se corrige por el antes citado derecho del Reichsrat de exigir en tales casos un referéndum.

b) Ambas Cámaras suelen tener iguales derechos también en lo relativo a la *iniciativa de la ley.* Sin embargo, existen singularidades casi en todas partes para el derecho de iniciativa de las leyes de finanzas; en este punto retrocede la Cámara alta (Cámara de señores o Senado) frente a la Cámara baja como verdadera Representación «popular», porque la Cámara baja se considera como representación de los que prestan las contribuciones o impuestos, y, por consiguiente, deben también consentirlos.

La posición especial de la Cámara baja en leyes monetarias ha de ser referida al proceso inglés: la Cámara baja concedía los subsidios a la Corona. Según la Constitución federal de los *Estados Unidos de América,* los proyectos de ley relativos a recaudación de ingresos han de originarse en la Cámara de representantes, pero el Senado puede introducir modificaciones, como en cualquier otro proyecto de ley. Según el artículo 27 de la Constitución *belga* de 1831, toda ley relativa a ingresos o gastos del Estado habrá de ser votada primero en la Cámara de Diputados. El art. 62 de la Constitución prusiana de 31 de enero de 1850 determina: los proyectos de ley de finanzas y presupuestos del Estado serán sometidos primero a la segunda Cámara (Cámara de Diputados), mientras que en las demás leyes puede elegir el Gobierno la Cámara a que primero haya de someter la ley. Art. 8, § 2, de la ley constitucional *francesa* de 24 de febrero de 1875: «Las leyes de finanzas serán sometidas y votadas primero en la Câmara de Diputados.» Existe una controversia acerca de si el Senado no tiene un derecho de verificar modificaciones en tales leyes financieras, es decir, si las leyes han de ser aceptadas o rechazadas sin cambiar la forma en que la Cámara de Diputados las aprobó, o si puede realizar rebajas o aumentos en las diversas partidas, como el Senado de los Estados Unidos, o si para estas modificaciones se requiere que el Gobierno haya hecho uso de su derecho de iniciativa y el Senado puede adoptar frente al acuerdo de la Cámara toda clase de modificaciones, aun cuando sólo a propuesta del Gobierno. El pensamiento de los autores de aquella Ley constitucional de 1875, que pensaban en el modelo del Senado de los Estados Unidos, podía bien ser el de un derecho independiente a favor del Senado para hacer modificaciones.

El *Reichsrat* alemán tiene, según el art. 69, C. a., un derecho propio a acordar *propuestas de ley.* Tiene además un *derecho de asentimiento* a los proyectos de ley del Gobierno del Reich. En las proposiciones de ley surgidas del Reichstag no tiene ese derecho de asentimiento, de manera que es fácil soslayar el requisito del asentimiento del Reichsrat a los proyectos del Gobierno, haciéndolos presentar como proposición de una fracción del Reichstag. Para el caso en que no haya acuerdo entre el Reichsrat y el Gobierno sobre un proyecto de ley de éste, tiene el Reichsrat un derecho indepen-

diente de propuesta: el Gobierno está entonces obligado a llevar al Reichstag la propuesta del Reichsrat.

Para las *leyes monetarias* existe, según el art. 85, 2, C. a., un derecho de cooperación del Reichsrat en condiciones de igualdad, en cuanto que el Reichstag sólo puede acordar elevación de gastos y reducción de ingresos en el presupuesto presentado por el Gobierno con la *anuencia* del Reichsrat. Este derecho de asentir (a diferencia de un simple derecho de objeción) es aplicable, según la recta interpretación, a todas las leyes monetarias, y hace del Reichsrat una segunda Cámara para este importante campo. Sin embargo, no puede prescindirse de que el Reichsrat sólo tiene aquí un derecho de codeterminación con el Gobierno, pero no contra él; que, además, ese derecho de codeterminación puede ser superado por un acuerdo de dos tercios de mayoría del Reichstag (art. 85, 5; sobre la práctica del art. 85, 4: Poetzsch, *Jahrb. ö. R.*, XIII, 1925, pág. 221; Joh. Heckel, *AöR.*, nueva serie, 12 (1927), págs. 467-8).

2. *La Cámara alta* (Cámara de señores, Senado, etc.), *como Tribunal de justicia política.* En algunas leyes constitucionales se fundamenta una competencia peculiar de la Cámara alta o Senado para procesos políticos, siguiendo el método inglés (que, entre tanto, ha perdido su objeto). La Constitución de Weimar no conoce esta especie de justicia política a cargo de un cuerpo legislativo (comp. arriba, § 12, II, 5, pág. 144).

3. Cámara alta o Senado como «*protector de la Constitución*», es decir, Tribunal para conflictos constitucionales, como instancia para la decisión sobre la constitucionalidad de leyes y decretos y para las llamadas reclamaciones constitucionales (comp. arriba, § 11, III, pág. 126).

En esto se basa la institución de un *Sénat conservateur,* que puede declarar inconstitucionales las leyes y decretos —institución característica de las Constituciones del Imperio francés; así, las leyes constitucionales del año VII (1799), XII (1802), de 14 de enero de 1852, artículos 26 y siguientes. En estas últimas prescripciones se designa expresamente el Senado como protector del pacto fundamental y de las libertades públicas («*gardien du pacte fondamental et des libertés publiques*»).

4. *Cámara alta* (Cámara de señores, Senado) y *Gobierno parlamentario.* Las dos Cámaras del sistema bicameral forman, juntas, el Parlamento. En el caso de una responsabilidad política del Gobierno frente al Parlamento debería de ser, pues, aquél dependiente de ambas Cámaras, fuera porque cada una de ellas pudiera exigir por sí esa responsabilidad, fuera por resultar exigible una resolución acorde de ambas Cámaras. En realidad, la evolución democrática ha llevado a que la Cámara alta, o la correspondiente a ella, pierda su influjo y la dependencia respecto del Parlamento se transforme en una dependencia respecto de la Cámara baja (Cámara de Diputados).

En *Inglaterra* eso se decidió en el siglo XIX; en *Francia* los Ministros son, según el artículo 6 de la Ley constitucional de 25 de febrero de 1876, solidariamente responsables ante *las Cámaras (solidairement responsables devant «les Chambres»).* La responsabilidad del Gobierno frente al Parlamento es, en la práctica, una responsabilidad ante la Cámara de los Diputados, si bien en teoría se afirma la igualdad de facultades

de ambas Cámaras (Esmein-Nézard, I, págs. 234 y sigs.) y también en la práctica tienen lugar acuerdos de confianza o desconfianza del Senado (E. v. Hippel, *JöR.*, XV, 1927, pág. 180). Sobre el Senado y *disolución*, pág. 290.

En el Reich alemán la exigencia de un Gobierno parlamentario tenía sólo el sentido de una dependencia del Gobierno respecto de la confianza del Reichstag. La ley de reforma de la Constitución de 28 de octubre de 1918 determinaba por eso: «El Canciller necesita de la confianza del *Reichstag* para el ejercicio de su cargo»; por el contrario, se añade en la misma ley: «El Canciller y sus representantes son responsables por el ejercicio de su cargo ante el *Bundesrat* y el *Reichsrat*.» El art. 54 de la Constitución de Weimar habla de la confianza del Reichstag; el Reichsrat no se toma en cuenta para esto. Los elementos de una segunda Cámara que se encuentran en la organización del Bundesrat o del Reichsrat están basados tan sólo en la estructura federal del Reich, y no significan un auténtico sistema bicameral.

V. La división de la facultad legislativa implícita en el sistema bicameral conduce a hacer incompatible el puesto de miembro de una Cámara con el de miembro de la otra. En esto hay una inevitable *incompatibilidad* (arriba, pág. 192).

§ 24
EL SISTEMA PARLAMENTARIO

I. *Pluralidad de sentidos de la palabra «parlamentarismo».*

Las denominaciones diversas y, con frecuencia, usadas sin precisión y en forma equivalente parlamentarismo, Gobierno parlamentario, Gobierno responsable, Gobierno de partidos, Gobierno de mayorías, etc., se refieren a diversas clases de relación entre el Parlamento, es decir, el cuerpo legislativo, y el Gobierno. Pero se refieren también a muy distintas clases de dirección política, de *ruling power.* El empleo de la palabra «Parlamento» se explica por haberse convertido en modelo y esquema ideal situaciones constitucionales inglesas, con el Parlamento inglés como centro. Pero, por lo demás, pueden advertirse, a pesar del modelo común, los mayores contrastes. Se presentan características diversas como la nota decisiva del «parlamentarismo», y cuando una regulación de la ley constitucional habla con cualesquiera palabras de la dependencia del Gobierno respecto al Parlamento, de «responsabilidad» o «confianza», estas palabras tienen un sentido por completo distinto en los diversos Países y épocas.

1. En los Estados del continente europeo comenzó a ensancharse en el siglo XIX la influencia política de la Representación popular electiva, frente al Gobierno monárquico. El Parlamento, como órgano legislativo, trataba de extender su poder más allá del terreno de la legislación, sea mediante la extensión de un «concepto formal de ley» (arriba, pág. 152), sea, mediante un control de la actividad del gobierno; pero, sobre todo, por una influencia decisiva en la determinación de las personalidades rectoras de la política. De aquí surgió la idea de que el Parlamentarismo representaba un *dominio del Parlamento,* es decir, de la Representación popular, *sobre el Gobierno.* El principio de la distinción de poderes quedaría enton-

ces suprimido a beneficio de un absolutismo del Parlamento, y la demanda de un Gobierno parlamentario se convertiría en una demanda *puramente democrática:* dependencia del Gobierno respecto de la voluntad de la Representación popular; el Gobierno, simple comisión de la Representación popular, del Parlamento; el Parlamento, simple comisión del Pueblo (arriba, página 258).

2. Frente a la democratización del concepto, el pensamiento de la distinción de poderes remite otra vez al parlamentarismo del Estado de Derecho. Este pensamiento fue subrayado por R. Redslob, *Die parlamentarische Regierung in ihrer wahren und in ihrer unechten Form,* 1918, influyendo en los autores de la Constitución de Weimar. La esencia del parlamentarismo «auténtico» residiría en que el Ejecutivo no es el instrumento subordinado de la voluntad del Parlamento, sino que mantiene un *equilibrio* entre ambos poderes. El equilibrio se produce de diversos modos (por la facultad gubernativa de disolución, la posibilidad de poner en marcha un referéndum, comp. el esquema arriba, pág. 197). En todo caso, esta concepción apunta a algo esencial. Pues el sistema parlamentario no es una consecuencia, una aplicación del principio democrático de la identidad, sino que es la forma del Gobierno propia de una Constitución moderna del Estado de Derecho. Descansa en un aprovechamiento y mezcla de elementos políticos distintos, e incluso contrapuestos. Utiliza construcciones *monárquicas* para robustecer el *Ejecutivo,* es decir, el Gobierno, y contrapesarlo con el Parlamento; aplica las ideas *aristocráticas* para un cuerpo representativo y, en algunos países, también en el sistema bicameral; utiliza concepciones *democráticas* del poder de decisión del Pueblo, no representado, sino votando directamente, sobre todo para transferir al Pueblo en votación directa la decisión en caso de conflicto entre Parlamento y Gobierno, con lo que el Pueblo aparece frente a uno y otro como el tercero superior y como portador del equilibrio. Este sistema lleva, pues, la mezcla típica y peculiar que —como antes (pág. 215) se mostró— corresponde a la esencia del Estado burgués de Derecho o, al menos, a su perfección. No es una forma política independiente, ni forma política especial propiamente dicha, ni forma del Gobierno. Pero es un *sistema* de utilización y mezcla de distintas formas de gobierno y legislación en servicio de un equilibrio delicado.

El punto de vista de R. Smend, según el cual el parlamentarismo es una forma política especial, sólo puedo seguirlo en tanto que el sistema parlamentario significa un equilibrio y relativización de elementos político-formales, característico del Estado burgués de Derecho. El sistema parlamentario puede aparecer como algo dinámico y ponerse en contraste con lo estático, porque trata de realizar aquel delicado equilibrio de elementos políticos; pero no es en el sentido de una cosa dinámica como contiene, en cuanto «integración» de la unidad política, un principio formal especial frente a otros principios formales de Estado. Lo específico está en la vinculación y equilibrio de diversos elementos formales en servicio de los principios del Estado burgués de Derecho y de la integración de la burguesía en el Estado monárquico (arriba, págs. 207, 208).

Este sistema de un equilibrio delicado de formas políticas, en que se aprovechan, unos junto a otros, el punto de vista de la identidad tanto como el de la representación, elementos estructurales tanto monárquicos como aristocráticos y democráticos, corresponde en modo singular a las tendencias políticas de la burguesía liberal y del Estado burgués de Derecho. Mediante la mezcla y el equilibrio evita todo absolutismo, sea de la Monarquía, de la Democracia o del Parlamento mismo, es decir, de una Aristocracia u Oligarquía. En esto se funda su específica conexión con el Estado burgués de Derecho, y con esto se corresponde también la situación política del portador de esa idea de Estado de Derecho: la burguesía liberal. Es, pues, el sistema político del Estado burgués de Derecho y adolece tan sólo de la falta de que es propio de esa idea del Estado de Derecho el querer soslayar la última, inevitable decisión y consecuencia política de los principios político-formales. Es también completamente lógico que ese sistema sea considerado como un requisito más de un Estado «libre» a añadir a las otras notas de una organización de Estado de Derecho; y un gran conocedor de la Teoría constitucional como Esmein (I, pág. 210) dice: «El Gobierno parlamentario es, en Europa, la forma casi única de la completa libertad política y un sistema admirable.» Desde el punto de vista del Estado burgués de Derecho es, en efecto, admirable. Sólo el contrapeso recíproco de todos los elementos formales completa el elemento de Estado de Derecho de la Constitución moderna y le protege, en tanto ello es posible, de las consecuencias y posibilidades de aplicación con que el elemento político le amenaza constantemente. Se disuelve el carácter unitario de ese elemento político, y se le quita la posibilidad de un absolutismo a los distintos elementos formales contrapesados y mezclados.

3. En relación con el aprovechamiento de los diversos elementos político-formales pueden realizarse, mediante el sistema parlamentario, diversas especie de dirección política (del *ruling power*, de la determinación de la *politique générale*, o de las *Richtlinien der Politik)*. Cuando predomina el elemento monárquico y el pensamiento de la representación de la unidad política por un único hombre, puede el sistema parlamentario dejar abierta la posibilidad del *sistema presidencial,* en que el Jefe del Estado, el jefe del Ejecutivo, participa con independencia en la dirección política. Cuando predomina el pensamiento aristocrático u oligárquico de un dominio del Parlamento aparece como *sistema parlamentario en sentido estricto,* en que la mayoría del cuerpo legislativo tiene la dirección política y determina la línea directriz de la política. Pero puede ocurrir también que el jefe de esa mayoría parlamentaria tenga la dirección política, y entonces nos hallamos ante un *sistema de Premier* en el cual vuelve a realizarse una forma fuerte de la representación. Por último, es concebible que no sea el jefe de partido y Presidente del Consejo de Ministros quien tenga la dirección política, sino el propio Consejo de Ministros, que en tal caso suele ser un Ministerio de coalición formado por distintos partidos; esto debe designarse como *sistema de Gabinete.* Estas cuatro subdivisiones del sistema parlamentario resultarán de la exposición histórica que sigue. No se excluyen recíproca-

mente, sino que forman un sistema total elástico; pero su distinción es necesaria para entender el parlamentarismo en general, y sobre todo la regulación de la Constitución de Weimar, sumamente difícil y poco clara.

II. *Los fundamentos ideales del sistema parlamentario.*

Tanto las singularidades de la regulación constitucional en concreto, como también la peculiar unión, histórica y sistemática, de Estado burgués de Derecho y sistema parlamentario, han de entenderse tan sólo atendiendo a los fundamentos y justificación ideales de ese sistema.

1. *La situación histórica.* En los Estados del continente europeo, sobre todo en Francia y Alemania, exigieron y establecieron los partidos democráticos en lucha contra un Gobierno monárquico, la «parlamentarización del Gobierno» como *programa.* En Inglaterra se desarrolló el Gobierno parlamentario de Gabinete en transformaciones suaves a base de diversos precedentes y sin un plan consciente, mediante la relación del Parlamento con una dinastía que el Parlamento había llamado al trono. En Francia y en Alemania no era posible renunciar a una finalidad consciente. Aquí, el Gobierno monárquico tenía todavía en el siglo XIX un poder independiente fundado en el ejército y la burocracia, y requería ser obligado por una revolución de la burguesía a limitar y, por último, declinar su dominio. Por eso era necesario aquí un programa de principios y una teoría política del sistema parlamentario. El llamado «parlamentarismo» no era simple práctica y antecedente, sino una doctrina y una idea. Tanto por la diversidad del carácter nacional como por la diversidad de la situación política, resulta que si el parlamentarismo inglés pudo ser el modelo práctico, hay que buscar la justificación ideal, sin embargo, en los representantes de la burguesía liberal francesa y alemana. Sólo mucho después, en el siglo XX, cuando se hubo olvidado la verdadera lucha, pudo decirse del parlamentarismo en Alemania que se trata de una «regla de juego» práctica (Max Weber). A la burguesía francesa o alemana de 1815 a 1870 le reportaba eso algo más que reglas de juego y análogos métodos de relatividad conocida. Esa burguesía tomó en serio el parlamentarismo como sistema político, y le dio una fundamentación ideal, sin la que no sería comprensible ni en su totalidad, ni en sus diversas instituciones y normaciones.

El remitirse al modelo inglés siguió siendo, por su sencillez, un medio probatorio extendido y apreciado, y sustituyó en muchos políticos y teóricos, entonces como todavía hoy, al pensamiento y a la teoría política. Pero, a pesar de aquel modelo inglés, se llegó a un sistema consciente, porque la situación, tanto política como histórico-espiritual, en el continente europeo era completamente distinta que en la isla inglesa. La fundamentación sistemática independiente se desarrolló, tanto en Alemania como en Francia, en la época de 1815 a 1848. Este período debe considerarse como la época clásica de la idea parlamentaria. En los representantes de la burguesía francesa, el pensamiento aparece con mayor fuerza y carácter principal que en Alemania, como puede explicarse, sin más, por la situación político-

interna de los dos países. En Francia, la burguesía liberal poseedora e instruida se vio obligada, tras las experiencias revolucionarias y napoleónicas, desde 1815 hasta 1830, a una lucha contra el principio monárquico y contra la restauración de viejas ideas e instituciones. Tenía que darse cuenta de su posición política. De 1830 a 1848 se realizó, pues, en Francia, bajo la Monarquía burguesa de Luis Felipe, y en Bélgica con la Constitución de 1831, un sistema político que para muchos, entre ellos un sabio especialista como Lorenz von Stein, era el tipo ideal del Estado burgués, sistema en que la peculiar situación intermedia de la burguesía liberal —entre la Monarquía vencida y la pujante Democracia radical, y ya en parte proletaria— se reflejaba en el ideal de la moderación política y de un *juste-milieu.* También aquellos liberales que tenían un ideal de Constitución distinto que la Monarquía burguesa de Francia o la Constitución belga de 1831, Rodolfo Gneist, por ejemplo, con sus puntos de vista de Administración autónoma y Estado de Derecho, partían siempre, sin embargo, de que sólo los partidos políticos *moderados* podían tomarse en cuenta como portadores de un parlamentarismo auténtico. Por eso ve Gneist el valor de la Administración autónoma precisamente en el hecho de que produce una tal moderación *(Englische Verfassungsgeschichte,* pág. 672).

El contraste, citado con frecuencia, entre Liberalismo y Democracia se muestra aquí en su significación decisiva como contraste de los principios del Estado burgués de Derecho frente a las consecuencias de un principio político-formal. La burguesía liberal se encontraba entre la Monarquía absoluta y la pujante Democracia proletaria. Todos los que han observado el liberalismo burgués, sea considerándolo científicamente desde un punto de vista objetivo, o juzgando como políticos con un criterio conservador o socialista radical, repararon en esa posición intermedia e hicieron de ella base para sus construcciones. El año crítico de 1848 mostró muy al desnudo la situación. Frente a las pretensiones políticas de una Monarquía fuerte, la burguesía hacía valer los derechos del Parlamento, de la Representación *popular,* es decir, reclamaciones democráticas; frente a una Democracia proletaria buscaba protección en un fuerte Gobierno monárquico para salvar la libertad burguesa y la propiedad privada. Frente a Monarquía y Aristocracia apelaba a los principios de libertad e igualdad; frente a una Democracia de masas, pequeño-burguesa o proletaria, al carácter sagrado de la propiedad privada y a un concepto de ley propio del Estado de Derecho.

Lorenz von Stein dice en la introducción a su *Socialismus und Communismus des heutigen Frankreich,* aparecido en 1848, Leipzig y Viena, pág. 36: La burguesía se va disgustando poco a poco del principio de la revolución. «Sólo que no se deja uno engañar por esto. Ese disgusto es completamente negativo. No quiere nada concreto, ni Monarquía, ni Dictadura, ni República —sólo quiere que no haya inseguridad de las situaciones. La Monarquía le parece el germen de una nueva revolución. La Dictadura es no-libertad. La República, o carece de fuerza o es Aristocracia: no la quiere.» Carlos Marx describió en una serie de artículos sobre la lucha de clases en Francia de 1848 a 1850 (en la *Neue Rheinische Zeitung),* y en el artículo sobre el Dieciocho

Brumario de Luis Bonaparte (1852), las condiciones político-internas y sociales de Francia, y se burló de los partidos burgueses que «huyeron de la única forma posible de reunir su fuerza, de la más poderosa y perfecta forma de su dominio de clase, la República constitucional, hacia la forma más subordinada, imperfecta y débil de la Monarquía». Fr. J. Stahl dice en sus lecciones sobre los partidos en la Iglesia y el Estado (explicadas 1850-1857, publicadas en 1863), del partido liberal: «Sólo cuando comienza a realizarse positivamente el pensamiento de la soberanía popular, a ocupar el poder todo el Pueblo por igual sin que dentro del Pueblo una clase se encuentre sometida a la autoridad de las otras, abandona ese pensamiento e invoca el poder de la clase media tan sólo, de los acomodados, de los ilustrados, es decir, de sí mismo. Igualmente afirma el partido liberal el pensamiento de la igualdad contra los nobles, contra todos los estamentos como tales, porque no puede ofrecer ninguna articulación orgánica desde la base de la revolución. Sólo que cuando la igualdad ha de ser positivamente practicada y la clase de los desheredados ha de tener los mismos derechos que él, abandona entonces el pensamiento, y hace una distinción político-jurídica a favor de los acomodados. Quiere el censo para la representación, cauciones para la prensa, deja sólo a los elegantes en el salón, y no garantiza al pobre los honores y cortesías que al rico. Lo que caracteriza la posición de partido de los liberales es la *ejecución a medias de los principios de la Revolución.*» La comprensión general sistemática de la burguesía liberal se encuentra en la exposición de la Restauración y Revolución de julio, hecha por Stein *(Der Begriff der Gesellschaft,* ed. de Gottfried Salomon, t. I, pág. 498). Stein trató de esclarecer las contradicciones de ese sistema a base de la general contradictoriedad de todo lo viviente, y creyó posible, en último término, una armonía. Su cuadro muestra con tanta claridad las contradicciones y equilibrios, que debe citarse aquí con detalle: Mientras que el principio constitucional del Estado burgués reconoce el poder personal (de un Rey), corresponde a ese poder la esencia de lo personal de la voluntad independiente y del acto independiente. Por el contrario, cuando el Rey se hace simple tenedor del poder que ejercita y todo acto queda dependiendo del asentimiento de su Ministerio, se le priva de ese elemento personal independiente. Mientras que a la realeza —o al poder independiente en cualquier otra forma— se le exige que se encuentre colocada por encima de los partidos de la sociedad, dirija sus luchas y evite la demasía de las mismas, se la sitúa *por encima* de la Representación popular como elemento independiente de la comunidad por su concepto y su alta misión; cuando, por el contrario, se determine legalmente que el Rey sólo debe ejecutar la voluntad de la mayoría, se hace de él un instrumento de aquellos elementos de la sociedad que puedan ganar esa mayoría. En tanto que la realeza es presentada como lo absolutamente inviolable y como la fuente de todos los poderes del Estado, quita a la Representación popular el derecho de corregir el abuso del poder, que en cada cual puede producirse, porque su inviolabilidad hace que la violación del derecho no sea tal violación; en tanto que se hace al Rey jurar la Constitución y reconocerla como un derecho del Pueblo, se pone la inviolabilidad de la corona frente a la otra inviolabilidad de la Constitución; un derecho que es inviolable y cuya violación, sin embargo, no puede ser perseguida como violación de un derecho para quien la lleva a cabo. Esta piedra angular de la Constitución «constitucional» es de hecho, por no decir una contradicción absoluta, un pensamiento absolutamente indescifrado. Ningún ingenio humano es lo bastante agudo para solucionar de modo comprensible ese contraste y obtener un límite jurídico que no contenga contradicción ninguna.»

2. La posición intermedia de la burguesía liberal se basa en dos distintos supuestos: la *instrucción* y la *propiedad.* Ambos juntos hacen posible y sostienen el sistema parlamentario. Cuando dejan de coincidir histórica-

mente y se separan, decae la artística construcción de un equilibrio delicado y de la mezcla de formas políticas. Cada una de las dos condiciones lleva a consecuencias distintas desde el punto de vista de la Teoría constitucional; ambas son potenciadas en la Constitución del Estado burgués de Derecho.

a) La *instrucción* es una cualidad personal y, por ello, susceptible de ser utilizada en el sistema de una Representación. El Parlamento burgués del siglo XIX es, por la idea a que responde, una asamblea de hombres ilustrados, que representan ilustración y razón: la ilustración y razón de la Nación entera. El concepto de Nación es también un concepto de instrucción. Sólo un pueblo instruido, en el sentido de cualidades como voluntad humana y conciencia de sí mismo, es una Nación; pero no lo es un pueblo por completo desprovisto de instrucción y, por lo tanto, carente también de Historia. El Parlamento es una *representación general de la Nación,* frase expresiva que el Barón von Stein empleó muy deliberadamente en su último escrito de 24 de febrero de 1809. Los representantes del Estado burgués de Derecho y de los derechos del Parlamento no se dieron bien cuenta, hasta entrada la segunda mitad del siglo XIX, del significado de esa condición. «El requisito más importante para todos los representantes es formación del espíritu, pues sólo el hombre instruido es capaz de distinguir cuidadosamente entre su interés personal y el interés de la totalidad, y de subordinar aquél.»

Así, Bluntschli, *Das Volk und der Souverän,* 1831, pág. 62; además, *Allgemeines Staatsrecht,* I, pág. 432, sobre el dominio de las «clases medias instruidas». Hegel, en el escrito sobre los estamentos de Württemberg, *Abhandlungen zur Politik und Rechtsphilosophie,* ed. de Lasson, pág. 219: «Para representantes del Pueblo no deben ser tomados los primeros que de su seno se hallen al paso, sino los más sabios, porque aquél (el Pueblo) no sabe, pero éstos (los representantes) deben saberlo, cuál es su voluntad verdadera y efectiva, esto es, qué le conviene.» Sobre Gneist comp. la cita abajo, pág. 302. G. Waitz dice (*Grundzüge der Politik,* 1862, pág. 64): El sufragio por censo puede «ser un medio de designar la posición exterior como condición para la independencia e instrucción. Pero ha de afectar siempre a la clase media, no sólo a los ricos». Según Guizot, que veía en las *classes moyennes* burguesas el verdadero soporte de la vida política, el Parlamento hace concurrir en un punto las partículas de razón diseminadas en el Pueblo, llevándolas así a la esfera de lo público. Todo el *pathos* político de Guizot, representante típico de un Liberalismo burgués, está en su fe en el Parlamento como representación de la Razón; también se basa en eso su *Histoire des origines du gouvernement représentatif en Europe,* 1851. Muy decisivo, igualmente, Renan en *L'avenir de la Science:* «La opinión de la mayoría no tiene derecho a imponerse cuando esa mayoría no representa la razón y la opinión ilustrada. El único soberano de Derecho divino es la Razón.» La fe en Justicia y normatividad racionales (pág. 202) contiene precisamente la fe en la instrucción.

b) La *propiedad* no es una cualidad que pueda ser representada. Por el contrario, pueden *representarse los intereses de los propietarios.* El sufragio censatario cuida de que esa representación de intereses tenga efectividad. Pero con eso, el Parlamento recibe, junto a la cualidad de una

representación nacional, el carácter de una comisión de los que tienen un determinado interés. En esta condición no es independiente; está ligado a la voluntad de los interesados. El Parlamento, como titular del derecho a consentir tributos y a aprobar el presupuesto, actúa como representación de intereses, y no sólo como Representación nacional. La burguesía propietaria apelaba a la justicia del postulado de que quien paga el tributo debe también consentirlo y controlar su aplicación. De eso tenía que resultar, en tanto dominaban las concepciones burguesas de propiedad privada e individual, un sufragio censatario en que la altura del censo puede ser diversa, pero en que aparece como algo justo y evidente que sólo el que paga impuestos y tributos debe estar representado en el Parlamento, y a la inversa: quien no está representado en el Parlamento, tampoco ha de prestar impuestos y tributos. El postulado a que se acogieron las colonias inglesas de América en su Declaración de independencia, en el siglo XVIII, y que también es considerado como un axioma por un liberal como Burke, dice: «Ningún tributo sin representación» (expresado en la terminología anglosajona, que no distingue *Vertretung* de *Repräsentation: no taxation without representation)*. Cuando una Corporación no representa ya, en el sentido del Derecho público, sino que representa intereses, los intereses no representados tendrán que hacerse valer de alguna manera, sea legal o no legal. La lógica del principio democrático se hizo irrebatible y logró, en el curso del siglo XIX, al menos para la Cámara baja, una extensión del sufragio universal y la supresión del sufragio censatario. El Parlamento cesó de ser representante de una determinada *instrucción*. Se convirtió, en parte, en comisión de intereses; en parte, en medio de expresión de la opinión pública, cayendo así en una dependencia funcional respecto de sus electores. Se convirtió en lo que se ha dicho del Parlamento inglés de los últimos decenios: una simple máquina registradora entre Cuerpo electoral y Gabinete.

c) En la medida en que la burguesía condujo la lucha política sólo bajo el punto de vista de su interés económico, y desapareció la fe en el carácter representativo, pudo contentarse también con ejercitar el influjo político que necesitaba, con ayuda de su poder económico, arreglándose con los más distintos gobiernos: bonapartismo, Monarquía constitucional al estilo alemán y República democrática, en tanto que no amenazó a la propiedad privada y no puso en peligro el influjo de los intereses económicos dentro de la representación popular. Así se explica el notable fenómeno de que desde 1848 no se haya aportado una fundamentación sistemática ideal del sistema parlamentaria, y que hoy parezca como algo anticuado y a lo Biedermeier —Richard Thoma llega a decir «enmohecido»—. Desde 1848, la argumentación se hace en Francia, en parte, automática y convencional; en parte, escépticamente resignada. En Alemania, el pensamiento de los teóricos liberales de significación va en el sentido de que el parlamentarismo inserta la sociedad en el Estado (según Gneist, sólo a base de una acertada Administración autónoma, *Englische Verfassungsgeschichte*, página 673) y da lugar «a que los contrastes sociales trabajen en una con-

ciencia común». Es ya una manifestación del pensamiento que llevó a R. Smend a tratar el parlamentarismo en sentido especial como una forma política de la integración (arriba, pág. 295). Sin embargo, Gneist habla todavía de *clases instruidas y acomodadas* al pedir una inserción de la «sociedad» (por ejemplo, *Der Rechtstaat,* pág. 155), y para la actividad en cargos honorarios, que, según él, es fundamento y supuesto de toda inserción, se toman en consideración tan sólo la instrucción burguesa y la propiedad burguesa. Así, pues, cuando el Parlamento integra, en realidad y en un sentido específico, la unidad política de todo el Pueblo, lo hace bajo los supuestos y a base de aquellos conceptos burgueses de propiedad e instrucción. Es muy cuestionable que el mismo sistema de integración sirva para un Estado con masas industriales de trabajadores.

La otra argumentación, más política, aportada en Alemania a favor del parlamentarismo después de 1848, está especialmente representada por R. von Mohl. Parte de que el *dualismo* existente en la Monarquía constitucional de Alemania entre Representación popular y Gobierno, es imposible como situación permanente y tiene que ser decidido una vez, porque conduce a continuos conflictos. Cierto que el dualismo podría también ceder a beneficio de un dominio del gobierno monárquico; pero para Mohl esto sólo sería posible en vías de la corrupción. Por eso, para él no queda más que la otra posibilidad: un gobierno parlamentario *(Das Repräsentativsystem, seine Mängel und die Heilmittel,* Cartas políticas escritas en 1850, publicadas en las *Monographien zum Staatsrecht, Völkerrecht und Politik,* Tubinga, 1860, págs. 347 y sigs., sobre todo pág. 395). El punto de partida de ese pensamiento es por completo cierto; el dualismo conduce a conflictos, y los conflictos han de ser decididos. Pero la decisión recae de otro modo y no tan sencilla y teoréticamente como se imaginara Mohl. Los éxitos abrumadores de Bismarck decidieron la cuestión *contra* el gobierno parlamentario y a favor de la Monarquía; mantuvieron en pie la Monarquía constitucional de estilo alemán durante medio siglo todavía. A consecuencia de ello, desde el año 1866 no hubo ya en Alemania ninguna fuerte ideología parlamentaria. El gobierno monárquico había realizado la unidad nacional en lucha contra el Parlamento; frente a esa aportación política no podía abrirse paso el pensamiento de que el Parlamento podía ser representación nacional en mayor medida que el rey. Los partidos liberales y democráticos seguían exigiendo un gobierno parlamentario, pero le faltaba a su exigencia la fuerza que se manifiesta en un sistema mental cerrado y convencido. En los liberales alemanes posteriores, que se designan también indistintamente como demócratas, Federico Naumann, Max Weber y Hugo Preuss, es decisivo, en parte el pensamiento de que hay que insertar en el Estado una nueva clase social: el proletariado; aquí se traslada a una nueva clase el método de integración liberal-burgués específico, el Parlamento, desconociendo su estructura ideal, que está esencialmente determinada por condiciones como instrucción y propiedad. Pero, por otra parte, actúa en aquellos demócratas el reconocimiento político de que era preciso

crear nuevas formas de representación nacional, pensamiento que se sentía como problema de la «elección de jefe». Casi siempre se hizo referencia al modelo inglés, fundamentando la exigencia de un gobierno parlamentario en que, según las experiencias hechas en Inglaterra, el Parlamento formaba una élite política. La idea y sentimiento específicamente liberales y propios del Estado burgués de Derecho ceden, así, su puesto a una unión de Democracia y reforma social. Con esto ya no se puede esclarecer lo peculiar del sistema parlamentario. Pues el Parlamento cesa de ser ya representante de la unidad política; se convierte en un exponente de los intereses y disposición de ánimo de masas de electores, y el pensamiento de una selección de directores políticos no justifica ya un Parlamento por unos centenares de funcionarios de partido, sino que lleva a buscar una dirección política basada directamente en la confianza de las masas. Si se logra encontrar un tal caudillaje, se habrá creado una nueva *representación* llena de vigor. Pero entonces es una representación *contra* el Parlamento, cuya pretensión tradicional de ser una representación habría concluido.

3. El Parlamento del Estado burgués de Derecho es, según la idea que la informa, un lugar en donde se realiza una *discusión pública* de las opiniones políticas. Mayoría y minoría, partido del Gobierno y oposición, buscan el acuerdo acertado discutiendo argumentos y contraargumentos. En tanto que el Parlamento representa la instrucción y razón nacional y reúne en sí toda la intelectualidad del pueblo, puede surgir una discusión auténtica, es decir, aparecer en discursos y contestaciones públicas la auténtica voluntad de todo el Pueblo, como una *volonté générale*. El Pueblo mismo no puede discutir —ésta es, según Montesquieu, la gran desventaja de la Democracia—; sólo puede aclamar, elegir y decir Sí o No a las cuestiones que se le propongan. Tampoco el Ejecutivo debe discutir; debe actuar, ejecutar leyes o tomar medidas que sean exigibles por la situación de las cosas; no puede emitir una norma general razonable, dominada por la idea de la justicia, una Ley en el sentido del Estado de Derecho. En el punto medio entre el Pueblo: los métodos de una Democracia directa, y el Gobierno: poder del Estado apoyado en milicia y burocracia, la superioridad del Parlamento burgués se basa en que es el lugar de una discusión razonable. El absolutismo monárquico es simple poder y mando, arbitrio y despotismo; la Democracia directa es el dominio de una masa impulsada por pasiones e intereses; es, como dice el liberal Burke y cita con vivo aplauso el liberal Bluntschli (*Allgem. Staatsrecht*, I, pág. 315), «la cosa más desvergonzada del mundo». Entre ambas y sobre ambas se encuentra, como verdadero punto medio, el Parlamento, que encuentra en la discusión pública la verdad razonable y la norma justa. La discusión es lo humano, lo pacífico, lo progresivo, lo contrario de toda especie de dictadura y poder. Ese parlamentarismo liberal se apoya en la concepción del universo con arreglo a la cual pueden allanarse pacífica y justamente, por medio de una discusión racional, todos los contrastes y conflictos imaginables, de que se puede hablar acerca de todo y ocuparse de todo.

El parlamentarismo suele, por eso, designarse con razón como *government by «discussion»*; comp. Carl Schmitt, *Geistesgeschichtliche Lage des Parlamentarismus*, páginas 43, 57, 61, 62; además, Carlos Marx, *Der 18. Brumaire des Louis Bonaparte:* «El régimen parlamentario vive de la discusión. ¿Cómo puede prohibirse la discusión? Toda institución social se transforma aquí en pensamiento general, es tratada como pensamiento.» Sobre la distinción entre la discusión auténtica, racional, ilustrada, y el trato de negocios y representación de intereses, comp. Schmitt, ob. cit., pág. 9.

III. *Consecuencias del pensamiento fundamental del sistema parlamentario.*

1. *El Parlamento representa* a toda la nación como tal y emite por ello, en discusión y acuerdo públicos, leyes, es decir, normas generales, razonables, justas, que determinan y regulan toda la vida estatal.

a) *La publicidad de las deliberaciones* es el nervio de todo el sistema. Se garantiza mediante prescripciones de la Ley constitucional. Artículo 29, C. a.: «El Reichstag delibera públicamente.» Todas las deliberaciones se imprimirán y publicarán, porque son públicas. «Los informes verídicos acerca de las deliberaciones en sesiones públicas quedan exceptuados de toda responsabilidad» (art. 30, C. a.).

b) *La protección de los diputados frente a procedimientos penales y limitaciones de la libertad personal* (art. 37, C. a.) es un derecho del Parlamento como totalidad, no del diputado individual. También este privilegio es sólo una de tantas consecuencias del carácter representativo del Parlamento. Las ocasiones históricas que dieron lugar a esa posición privilegiada (prisiones arbitrarias de diputados por los Monarcas) no son, por sí solas, explicación bastante para tan asombroso privilegio.

c) *Las Comisiones* del Parlamento sirven sólo a la preparación técnica exterior; más allá de eso, no pueden tener *significación de ninguna especie* y contradicen a la esencia del Parlamento como Asamblea que resuelve a base de la discusión pública.

Bluntschli, *Allg. Staatsrecht,* I, pág. 488, enumera entre las diversidades que separan al principio estamental de la Edad Media del moderno principio representativo: Los estamentos formaban Comisiones permanentes. «El Estado moderno no conoce, por regla general, más que la asamblea del Cuerpo representativo mismo; sólo una asamblea plena y pública puede representar al Pueblo.»

d) Una transferencia de la facultad legislativa del Parlamento a Comisiones o al Gobierno, la *delegación* y *autorización* para emitir leyes, son *inadmisibles* e inconciliables con una consciencia certera del significado de la opinión pública.

Bluntschli, en su citada enumeración de las diferencias del principio estamental y el moderno principio representativo, ob. cit., pág. 485: La representación personal *(de Derecho privado)* es posible en la representación estamental, pero, por el contrario, en las *Cámaras,* sólo en tanto que se encuentre dispuesta «respecto del Todo». El Diputado individual no puede hacerse representar; la Cámara como totalidad, no puede

delegar sus facultades, porque es representante y no funcionario; porque adopta medidas en cuanto escenario de la discusión pública y no como una simple oficina de gestión de negocios. Para la ejecución de *medidas* serían lícitos y necesarios, claro está, órganos auxiliares. Pero el contraste de Ley, en el sentido del Estado de Derecho, y medida, se muestra también aquí en su significación fundamental.

2. El *Diputado concreto* tiene, asimismo, carácter representativo.

a) Es *independiente* de sus electores, no está ligado a mandatos ni instrucciones (art. 21).

b) Tiene plena *inviolabilidad* para todas las manifestaciones que haga en el ejercicio de su cargo (art. 36, C. a.).

Esta inviolabilidad no la tiene como un tribuno de la plebe, que por razones políticas sea declarado inmune. Antes bien, actúa aquí la idea del Diputado como un hombre ilustrado, colocado por encima de los intereses contrapuestos, independiente y libre de egoísmo, que, para poder discutir con libertad, necesita y merece esa situación. *La garantía de su libertad de discurso presupone que, en realidad, pueda hablar libremente,* a saber: desde una posición propia, con independencia de mandatos e instrucciones, y de cualesquiera influjos que pongan en peligro su libertad. Un delegado con instrucciones, o un representante de intereses retribuido, no merece tal libertad de discurso; basta para su protección que le afecte también a él la consideración general del Derecho penal de la gestión de intereses legítimos (§ 193 del Cód. penal).

c) El diputado no puede hacerse *representar* en el ejercicio de su mandato, mientras que en el caso de un representante de intereses no se ve por qué no ha de poder ser destituido o sustituido en todo momento por quien le comisionó, o por qué no ha de poder servirse de cualesquiera personas auxiliares y subrepresentantes.

d) Una persona que por su posición en la vida sea dependiente o se encuentre inserta en una determinada organización, no podrá ser diputado. En ello estriba —junto a razones de división de poderes o de organización federal; arriba, pág. 192— una razón para ciertas *incompatibilidades* que se encuentran en el Derecho político de muchos Estados, sobre todo por lo que se refiere a *funcionarios* y *clérigos*. Otra razón de tales incompatibilidades está en que el Parlamento debe ser el soporte de toda la vida política, siendo el diputado, por lo tanto, esencialmente, un político, mientras que el funcionario debe ser neutral en cuanto a la política del partido. La Constitución de Weimar lo reconoce expresamente en el art. 130, pero al mismo tiempo favorece a los diputados funcionarios, en el art. 39 (permiso a los diputados que son funcionarios).

El diputado no debería recibir pago por el ejercicio de su mandato, ni de sus electores ni del Estado, teniendo, pues, que ejercitar su cargo de manera *honoraria* y recibiendo sólo la compensación de sus desembolsos. Esta exigencia corresponde al ideal que se formó el liberalismo burgués, tanto del diputado como del cargo honorario.

Bluntschli enumera en su ojeada, ya referida, sobre las diferencias del principio estamental y del representativo, pág. 486: Los diputados de los estamentos eran respon-

sables ante sus comitentes, que les pagan con dietas; el diputado es sólo responsable ante el Estado, y recibe de la Hacienda pública las dietas exigibles. El art. 32, a. C. a., determinaba: «Los miembros del Reichstag no recibirán como tales ningún sueldo ni indemnización.» Según la interpretación dominante en la práctica y en la teoría (Mohl, Laband, Zorn y, desde la segunda edición de su *Comentario,* también M. Seydel), la prohibición se refería a sueldos e indemnizaciones tanto de recursos públicos como privados. Por la ley del Reich de 21 de mayo de 1906, § 1 *(Gac.,* pág. 467), se cambió esa prescripción: «Los miembros del Reichstag no podrán obtener como tales sueldo ninguno. Reciben una indemnización con arreglo a la ley.» Los diputados del Reichstag recibieron billete de libre circulación en los ferrocarriles desde 1873 (en la deliberación acerca del suplemento exigible al Gobierno para indemnización de los ferrocarriles privados —ley de 18 de febrero de 1874, *Gac.,* pág. 15—, el diputado Sonnemann declaró que la concesión era anticonstitucional). La Constitución de Weimar determina en el artículo 40: «Los miembros del Reichstag tendrán derecho a libre circulación en todos los ferrocarriles alemanes, así como a indemnización con arreglo a una ley del Reich.» En *Francia* se introdujo ya durante la gran Revolución una indemnización *(indemnité)* de los diputados, pagada por la Caja del Estado (art. 68 de la Constitución del año III, 1795). Por el contrario, de 1817 a 1848 (en la época clásica del constitucionalismo) se consideró inconstitucional que el diputado recibiera una indemnización por su actividad. Desde 1875 reciben, tanto los diputados como los senadores, una suma fija anual como indemnización. Los diputados ingleses no recibieron dietas hasta 1911; los Tribunales ingleses consideraron también ilícito el pago de los representantes del partido laborista por las Cajas de los sindicatos. Sólo desde 1911 reciben los diputados una suma fija (400 libras anuales) de la Caja del Estado. Concediéndose los miembros del Parlamento, por medio de una ley, ingresos fijos, puede quedar asegurada su independencia frente a los comitentes. Pero si, al mismo tiempo, subsiste a pesar de todo en la realidad práctica la dependencia respecto de organizaciones de intereses, y el diputado sigue apareciendo como un representante al servicio de intereses, incluso como el representante de asociaciones de intereses económicos, síndicos y secretarios en el Parlamento, entonces se llega a la situación de que el Estado paga todavía a los grupos de intereses económicos sus valedores, y, además, regala a sus abogados y agentes con el privilegio de libre circulación en todos los ferrocarriles.

3. Desaparición de los supuestos ideales del parlamentarismo en la Democracia actual.

a) *Desaparece la discusión.* El Parlamento, en la mayor parte de los Estados, no es ya hoy (la Cámara francesa de los Diputados puede ser en algunos casos una excepción mencionable) un lugar de controversia racional donde existe la posibilidad de que una parte de los diputados convenza a la otra y el acuerdo de la Asamblea pública en pleno sea el resultado del debate. Antes bien, las organizaciones sólidas de partido forman una representación siempre presente de ciertos sectores de las masas electorales. La posición del diputado se encuentra fijada por el partido; la coacción del grupo es una práctica del parlamentarismo actual, sin que tengan significación diversas apariencias. Las fracciones se enfrentan unas con otras con una fuerza rigurosamente calculada por el número de mandatos; una discusión pública parlamentaria no puede cambiar nada en su actitud de interés o de clase. Las negociaciones en el seno del Parlamento, o fuera del Parlamento, en las llamadas conferencias interfraccionales, no son discusión,

sino negociaciones; la discusión oral sirve aquí a la finalidad de un cálculo recíproco de la agrupación de fuerzas e intereses. El privilegio de libertad de discurso *(inviolabilidad)* perdió con esto sus supuestos.

b) *Desaparece la publicidad.* La Asamblea pública en pleno no es ya el lugar en que, a base de la discusión pública, surge la decisión. El Parlamento se convierte en una especie de autoridad que decide en deliberación secreta y que anuncia el resultado del acuerdo en forma de votación en una sesión pública; a la votación preceden, según una práctica que procede de otras épocas, discursos de los distintos partidos. Los reducidos comités en que surge de hecho la resolución no son siempre Comisiones del Parlamento mismo, sino conferencias de jefes de partido, conversaciones interfraccionales de carácter confidencial, conversaciones con los comitentes de los partidos, con las asociaciones de intereses, etc.

c) *Desaparece el carácter representativo del Parlamento y del diputado.* Por lo tanto, el Parlamento no es ya el lugar en que recae la decisión política. Las decisiones esenciales son adoptadas fuera del Parlamento. El Parlamento actúa, pues, como oficina para una transformación técnica en el aparato de autoridad del Estado.

§ 25

OJEADA HISTORICA SOBRE EL DESARROLLO DEL SISTEMA PARLAMENTARIO

I. *Datos más importantes del proceso histórico en Inglaterra (government by parties, responsible government, alternative government,* gobierno de Gabinete).

1. Partiendo de la Corte del Rey, de la Curia regis, se desarrolló desde el siglo XIII, añadiendo diputados de distritos de Condado y ciudades, el *Gran Consejo (Great Council),* que se dividió en una Cámara alta *(House of Lords),* y una Cámara baja *(House of Commons),* es decir, Cámara de las Comunidades (de los Condados con derecho electoral, manchas electorales, etc.), arriba, pág. 286. Fue de significación para el proceso de la Cámara baja el que la nobleza inferior, los caballeros, a diferencia de la alta nobleza, se reunía ahí con representantes de la burguesía, esto es, de las ciudades.

Por otra parte, se forma, dentro del Gran Consejo, un *Consejo más reducido* de gentes de la confianza del Rey, el Consejo secreto de Estado o Gabinete *(Privy Council).* Las denominaciones no son siempre coincidentes, ni mucho menos está formalmente fijada la significación jurídico-política. Cuando la realeza inglesa se aproximó al Absolutismo (siglo XVI) y en la época de los Estuardos, el Gabinete era muy semejante al Consejo de un Rey absoluto. El Rey convocaba a los miembros de ese Gabinete a su buen entender. No existía una dependencia respecto de ambas Cámaras del Parlamento, ni tampoco era reclamada.

El desarrollo del gobierno parlamentario de Gabinete propiamente dicho comienza cuando se hace valer el postulado de una coincidencia política de Gobierno y Parlamento y pasan a segundo término los métodos judiciales de la responsabilidad política (acusación ministerial por la Cámara baja; enjuiciamiento por la Cámara alta como Tribunal de Justicia política, llamado *impeachment).* El postulado de que Gabinete y Parlamento necesitan coincidir se desarrolla por lo pronto, sin plan y sin conciencia principal, con la subida al trono de los Orange. Por eso se designa el año 1689 como el comienzo del desarrollo del parlamentarismo, porque el nuevo Rey, Guillermo III,

llevó, naturalmente, a su Gabinete a miembros del partido que le había llevado al trono. Sólo en 1695 coincide por completo el Gabinete de partido con la mayoría parlamentaria. Por esta razón designa Hasbach, *Die parlamentarische Kabinettsregierung*, 1919, pág. 45, ese año de 1695 como la «fecha de nacimiento del primer Gabinete». En los años 1700 y 1701 vuelve a adquirir fuerza en el Parlamento el otro partido, los Tories, y el Rey tomó en su Gabinete miembros de este partido. En tanto que puede verse aquí por primera vez la dependencia del Gabinete respecto del partido que accidentalmente domine en el Parlamento, y una especie de turno entre partido del Gobierno y de la oposición —*alternative government*—, pueden también designarse esos años como el comienzo del Gobierno parlamentario. Sin embargo, conserva el Rey la facultad de nombrar y separar libremente a los miembros del Gabinete. Toma parte en todas las reuniones del Gabinete, lo preside y marca las directrices de la política. Desde 1715 cambia esto, ya que Jorge I no participó ya en las reuniones del Gabinete, porque al decir no entendía inglés, pero en realidad (comp. Michael, *Zeitschr. für Politik*, 1913, t. 6, págs. 577 y sig.), porque su interés hacia los asuntos políticos de Inglaterra no era grande, y sus sentimientos eran, por completo, de Príncipe elector alemán; su influencia práctica no le parecía lo bastante significativa para participar en las reuniones. David Hume escribe en sus artículos, aparecidos en 1742, que la anuencia del Rey era «poco más que una formalidad». El Gobierno sigue siendo, sin embargo, un Gobierno regio; jurídicamente conserva el Rey (como hasta el día de hoy) todas las facultades de poder del Gobierno, y sólo está obligado a ejercitarlas mediante sus Ministros. Anson formula esto diciendo: antes gobernaba el Rey a través de los Ministros; ahora gobiernan los Ministros a través del Rey.

Durante todo el siglo XVIII, la dependencia parlamentaria del Gabinete no estuvo en modo alguno absolutamente consolidada. Walpole se resistió todavía en 1741 a la exigencia de retirarse. Sólo en 1782 tiene lugar un cambio solidario de *todo* el Gabinete. El sistema de Premier propiamente dicho, según el cual forma Gabinete el líder del partido mayoritario como Presidente del Consejo de Ministros con miembros del partido, no fue formulado de este modo expreso hasta 1803, con Pitt. Durante todo el siglo XVIII sigue también abierta la cuestión de qué parte del Parlamento es la decisiva para la formación del Gabinete, si la Cámara alta o la baja. Sólo en el curso del siglo XIX se llegó al resultado de que todo Gabinete que recibiera una censura, una declaración de desconfianza o una desaprobación, tiene que, o retirarse, o intentar crear una nueva mayoría por la disolución de la Cámara baja y la convocatoria de nuevas elecciones. También la práctica de la disolución del Parlamento y de las nuevas elecciones se determinó en el siglo XIX; y desde 1867 apareció el punto de vista de que un Gobierno que se proponga realizar innovaciones decisivas tiene que buscar, mediante una nueva elección, la anuencia de los electores.

En el resultado final hasta ahora de ese proceso histórico, el Parlamento se ha convertido en simple expresión de la opinión pública. Depende, pues, de esa opinión pública; el Gabinete puede establecer, frente al Parlamento, un contacto directo con la opinión pública, disolviéndolo por real decreto y provocando una decisión del Cuerpo electoral. Así, según Anson, la facultad de derribar el Gabinete ha pasado, del Rey, a la Cámara baja, y de éste, al Pueblo, es decir, a los electores.

2. Para enjuiciar este proceso política y jurídico-políticamente hay que observar que la Cámara baja, parte decisiva del Parlamento a este respecto, ha sido en los distintos siglos —de 1700 hasta el día de hoy— una Asamblea de significación política y social distinta por completo.

Hasta la reforma electoral de 1830, la Cámara baja estaba también compuesta en lo esencial por dos partidos de la clase dominante: los Tories y Whigs, constituyendo una Asamblea de tonalidad nobiliaria dentro del sistema medieval, una *House of Commons*. Condados, burgos, corporaciones, manchas electorales, tenían un cierto derecho electoral, debido con frecuencia a raras casualidades históricas. La reforma electoral de 1832 suprime el derecho electoral de la mayor parte de los pequeños municipios en que el noble o la Corona habían designado sencillamente sus candidatos, y daba parte en el derecho electoral a la propiedad burguesa (propietarios de inmuebles, poseedores de casa, industriales). El número de los electores subió de medio millón a un millón. Junto a los todavía numerosos nobles, los abogados determinaban también ahora el tipo del diputado. Sin embargo, todavía no era la Cámara baja una Representación popular en el sentido de la Democracia moderna; el sufragio era aún público; el diputado, persona de respetabilidad y, casi siempre, independiente de sus electores. Claro que pronto se dio a conocer un importante síntoma: que un Parlamento fue obligado por los electores a desaparecer. Desde los años 50, la dependencia de la opinión pública se consideró postulado fundamental. La reforma electoral de 1867 (Disraeli) dio también el derecho electoral a las clases inferiores de las ciudades (el número de electores subió a dos y medio millones); en 1884, los trabajadores del campo (ahora unos cinco millones de electores); según ambas leyes, tenían derecho a voto aquellos hombres mayores de edad que pagaran por su domicilio un determinado alquiler (en el caso tipo, 10 libras esterlinas). Sólo en 1885 se fue hacia una moderna división territorial del sufragio, y en la Guerra, por la ley de 6 de febrero de 1918, se hizo el sufragio universal y democrático en el sentido de que todos los hombres de más de veintiún años y, además, las mujeres independientes, desde los treinta años, tenían derecho electoral, sin atención a la propiedad inmueble o al domicilio. Por eso, también los «partidos» del Parlamento significan algo distinto en las diversas épocas. Hasta el año 1832 son, en esencia, dos partidos dentro de la clase superior dominante, que se encuentran separados entre sí por diferencias políticas y otras divergencias de opinión, diversidades tales como propiedad inmueble o posesión de capital, pero no por una contraposición social más profunda. La distinción de *Tories* y *Whigs* se generaliza entonces para convertirse en distinción entre conservadores y liberales, que, por lo pronto, no significa tampoco un contraste de clase propiamente dicho, sino que es relativizado por la evidente unidad cerrada de la Nación, que comprende a ambos partidos, representando así tan sólo divergencias de opinión, pero no una agrupación de amigos y enemigos. Hasta que no se formó un partido nacional irlandés e hizo una obstrucción, no surgió un contraste y una heterogeneidad auténtica. Sin embargo, ese partido no era lo bastante fuerte para romper el sistema de los dos partidos, liberal y conservador, dando ingreso a un tercer partido de significación pareja. Además fue eliminado con la formación de un Estado libre irlandés (Tratado de 6 de diciembre de 1921). Un tercer partido en sentido pleno, sólo apareció desde 1900 con el partido labo-

rista independiente *(Independent Labour Party)*. Con él surgió un nuevo elemento social, incluso un auténtico contraste de clases en potencia; además, se destruyó el simple sistema de dos partidos con su cambio alterno de partido de la mayoría (o del Gobierno) y partido de la oposición. Las elecciones de diciembre 1923 (elecciones de la aduana protectora) llevaron a un sistema de tres partidos: conservador, liberal y laborista, y a la formación de un Gobierno laborista (Macdonald). Las elecciones de 29 de octubre 1924 suprimieron provisionalmente esta situación; el partido conservador alcanzó mayoría absoluta en la Cámara baja; por lo tanto, el nuevo Gobierno vuelve a corresponder a la tradición del sistema de dos partidos. No puede, sin embargo, olvidarse que ese resultado electoral de 1924 se debe a un sistema electoral que permite grandes desproporciones entre el número de mandatos y las cifras de electores. En el cuerpo electoral mismo, el sistema de tres partidos no se ha conmovido aún en manera alguna [1].

3. De este proceso inglés no puede deducirse un concepto sólido de Gobierno parlamentario. Se da ahí una serie de precedentes que, según la situación política, son interpretados de diversos modos, y de los cuales no puede decirse más sino que, en general durante el siglo XIX se consideraba como lo adecuado un Parlamento soberano, estando, por el contrario, la dirección política en el Gabinete, y la decisión política, en los electores. En los diversos estadios de ese proceso surgieron, tanto de autores ingleses como de otros, diversas construcciones, esquematizaciones, idealizaciones e interpretaciones del parlamentarismo inglés, que han servido a la burguesía liberal del continente europeo para la lucha contra el absolutismo del príncipe. Montesquieu construyó en el siglo XVIII —por lo demás, con plena conciencia de la inexactitud histórica y política— el ideal de la Constitución

[1] Sobre el «falso exponente» de la voluntad de los electores en el sistema de distritos unipersonales: K. Loewenstein: *Minderheitsregierung in Grossbritannien, Annalen des Deutschen Reiches,* 1925, págs. 61, 52 y sigs. Las cifras son:

	1924	*1923*
Número total de electores	19.949.000	19.174.000
Votos emitidos	16.120.735	14.186.000
Conservadores	7.385.139	5.360.000
Laboristas	5.487.620	4.348.000
Liberales	2.982.563	4.252.000
Mandatos		
Conservadores	413	258
Laboristas	151	193
Liberales	40	158
Otros	5	6

La Asociación pro representación proporcional *(Proportional Representation Society)* da la cuenta (Loewenstein, pág. 54) de que los conservadores obtienen un mandato por cada 20.000 votos; los laboristas, uno por cada 39.000, y los liberales, por el contrario, uno por cada 90.000. En Escocia los laboristas tienen más votos que los conservadores, y, sin embargo, alcanzan diez mandatos menos, etc.

con división de poderes, a base de las situaciones constitucionales inglesas (*Esprit des lois,* XI, 6). En realidad, había una estrecha vinculación entre Gobierno y Parlamento; así, pues, lo contrario de una «división». El mismo Montesquieu cita ya dos notas esenciales de ese sistema, si bien en un lugar distinto al capítulo VI del libro XI, que se ha hecho célebre, a saber (libro XIX, 27): el sistema de los dos partidos y el deber del monarca de tomar sus ministros del partido dominante, con lo que, de otra parte, la construcción del sistema de los dos partidos era ya una gran simplificación, porque con frecuencia existían varios partidos, transiciones y coaliciones. En el siglo XIX se entendió con frecuencia el Gobierno parlamentario, esquemáticamente, como una subordinación del Gobierno al Parlamento, mientras que, según el sistema inglés de Primer Ministro, éste conduce la mayoría parlamentaria, y el Parlamento puede ser disuelto cuando se niega a seguirle. Desde 1867, lo decisivo como portador de la opinión pública no es ya el Parlamento, sino el cuerpo electoral. El Gabinete (el Consejo de Ministros, más reducido, dentro del Ministerio, siempre mayor) dirige la política y ejerce el derecho de iniciativa de la ley. Por último, el Parlamento es todavía tan sólo el vínculo entre cuerpo electoral y Gobierno, y no tiene ni dirección política, ni decisión política en los casos de conflicto.

4. Frente a la idealización y simplificación del parlamentarismo inglés y frente a los intentos de imitarlo, también en el continente europeo destacados sabios y escritores han acentuado los *supuestos* de ese sistema inglés.

Fr. J. Stahl, *Parteienlehre,* págs. 144 y sigs.; Lothar Bucher, *Der Parlamentarismus,* 2.ª ed., pág. 144; J. Barthélemy, *L'introduction du régime parlementaire en France,* París, 1904, págs. 146 y sigs.; Schmoller, en su *Anuario,* 1917, t. 41, págs. 1.123 y sigs.; Erich Kaufmann, en su artículo *Die Regierungsbildung im Reich und in Preussen, Die Westmark,* 1921, págs. 208 y sigs.

El efecto de tales caracterizaciones, sin duda ciertas, es pequeño en general, porque el Parlamento inglés se convirtió, en el siglo XIX, para una gran parte de la burguesía liberal, en un cuadro místico, con lo cual no se preocupaba de la corrección y verdad histórica. Sin embargo, conviene citar aquí brevemente algunos de los más importantes supuestos ideales del parlamentarismo inglés:

a) El primero de esos supuestos es un *sistema de dos partidos.* El jefe del partido mayoritario forma el Gabinete; si pierde la mayoría, recae sobre el jefe del otro partido, del partido de oposición, la formación de Gabinete. Este simple turno de mayoría y minoría, Gobierno y oposición, cesa cuando aparece un tercer partido fuerte y se requieren coaliciones para formar una minoría. Para un punto de vista extendido en Inglaterra es anormal un Gobierno de coalición, y el Gobierno de coalición del año 1915, así como los siguientes, se justifican tan sólo por las condiciones especiales de la Guerra y la Postguerra. La sorprendente victoria de los conservadores en octubre 1924 puede referirse a que el Pueblo inglés tuviera el deseo de

volver al viejo sistema de los dos partidos con simples mayorías parlamentarias.

b) Del sistema de los dos partidos resulta como segundo supuesto: *homogeneidad de la mayoría y del Gabinete.*

c) Los partidos son partidos de caudillo en manos de políticos prestigiosos, *leaders* a quienes siguen, y que se encuentran en situación de determinar bajo su propia responsabilidad las directrices de la política y formar un Ministerio homogéneo de miembros del partido. Así se explica la solidaridad de todo el Gabinete: todos los ministros se retiran cuando se retira el Primer Ministro. Tan pronto como, en lugar del jefe político, se coloca un aparato burocratizado de partido, con empleados, secretarios, subvenciones invisibles, etc., el Ministro, como todo miembro del Partido, es más o menos dependiente, es exponente de una organización, y ya no caudillo, por lo cual tampoco se encuentra en condiciones de aceptar una responsabilidad política.

d) Las elecciones son unipersonales. Cada distrito electoral elige un candidato por mayoría relativa sin empate. De aquí puede resultar una desproporción notable entre el número de electores y el de mandatos, como en la antes citada elección de octubre 1924. La elección unipersonal hace posible una relación directa del cuerpo electoral con un jefe reconocido. También cuando la elección se orienta en cuestiones objetivas, como proteccionismo o libre-cambio, es siempre eficaz una relación personal con un caudillo que puede ser aclamado mediante la elección. El sistema de representación proporcional elimina, por el contrario, la relación personal; el poder de la organización de partido se hace más fuerte; los partidos presentan las listas de candidatos, de las que sólo algunos nombres conocen los electores, y el elector vota por un partido, y una lista o, según la concepción optimista (arriba, pág. 323), por una idea; se toman en consideración ampliamente las minorías y partidos desperdigados. El derecho electoral inglés se mantiene, por esto, en el postulado de la elección unipersonal, a pesar de aquella notable desproporción entre el número de electores y de mandatos. En este sistema electoral es también posible controlar el cambio de la opinión pública por medio de elecciones parciales, mientras que en el sistema de representación proporcional con listas de candidatos, no tienen lugar esas elecciones y se pierde un importante síntoma para determinar la opinión pública.

e) Los partidos lo son en el sentido auténtico de la palabra, esto es, *formaciones basadas en la libre recluta,* no organizaciones sólidas de masas ligadas por intereses o por la clase. La contraposición de los partidos no debe ser, en ningún sentido, absoluta, ni romper nunca el marco de la unidad nacional y social. No es posible una discusión entre los partidos sino en tanto se dan premisas comunes. Tampoco pueden tener lugar compromisos de inteligencia y un leal turno de ambos partidos, si quieren aniquilarse o suprimirse recíprocamente; han de conducirse, por el contrario, según las reglas de un juego limpio. Pero este supuesto cesa tan pronto como se producen contraposiciones absolutas y se hacen decisivas para la volun-

tad del partido diferencias confesionales, de clase o nacionales. El gran éxito de los conservadores en las elecciones de octubre de 1924 se explica en gran parte porque existía la necesidad de dar expresión clara, frente a un concepto socialista de clases, al supuesto fundamental del parlamentarismo inglés: la unidad política sobre base nacional.

II. *El proceso en Francia y Bélgica.* La diferencia más importante de ese proceso frente al inglés estriba en que el sistema parlamentario recibe ciertas fórmulas, y es fijado en ley constitucional. La fijación no puede, sin embargo, abarcar la vida política. Por eso se desarrolla en los Estados del continente europeo, junto al texto legal escrito, una práctica jurídico-política que da su contenido a las fórmulas escritas y muestra cómo, a pesar de la normación constitucional, aparecen constantemente nuevas y peculiares formas de ese sistema.

1. Las Constituciones de la Revolución francesa no conocen todavía el Gobierno parlamentario. La Constitución del año 1789 se basa en el postulado de la separación de poderes y se coloca en consciente oposición a un Gobierno parlamentario; igual, la Constitución del año III (Constitución directorial, 1795). La Constitución del año VIII (1799) conoce, es cierto, el refrendo de los actos de Gobierno por un Ministro, y establece que no existe incompatibilidad entre los cargos de Ministro y de diputado, de modo que es posible una estrecha conexión de Gobierno y Parlamento; sin embargo, esas posibilidades y embocaduras constitucionales para una Constitución parlamentaria no pudieron tener desarrollo en el absolutismo del dominio napoleónico.

2. Por el contrario, con el final del dominio napoleónico, 1815, surgió en seguida un programa del parlamentarismo, construido según el modelo inglés, cuyos heraldos literarios fueron Chateaubriand y Benjamin Constant. La Carta de 1814 habla de una *responsabilidad* de los Ministros en caso de alta traición y soborno, dando lugar así a una responsabilidad sólo de forma judicial. La forma judicial es, sin embargo, inconciliable con la esencia del influjo político directo. Chateaubriand desarrolló en 1816 los siguientes principios del parlamentarismo: Ministerio unitario *(système homogène)* con responsabilidad solidaria ante la mayoría de la Cámara de los Diputados, porque ésta «es el órgano más importante de la opinión pública»; el Ministerio ha de asistir a los debates de la Cámara y retirarse cuando no encuentre mayoría. La práctica de Luis XVIII tomaba en consideración la mayoría de la Cámara. Su sucesor, Carlos X, fue derribado por la revolución de julio de 1830.

La Constitución de 1830 no contenía ninguna nueva prescripción expresa sobre la dependencia del Gobierno respecto del Parlamento, sino que se limitaba a reproducir la Carta de 1814. Sin embargo, se desarrolló el postulado de una consideración constante a la mayoría parlamentaria, y el Gobierno de Luis Felipe pasa por ser el ejemplo de una Monarquía parlamentaria. Esto no podía evitar que se suscitaran vivas divergencias de opinión sobre las facultades del Rey. Según Guizot, bastaba para el parlamentarismo con que los Ministros fueran responsables, quedándole por lo demás al Rey la posibilidad de poner en práctica su política, mientras que Thiers había ya, en 1829, enunciado la fórmula que repitió en la Cámara en un célebre debate, 1846: «*le roi règne et ne gouverne pas*», es decir, que el Rey tiene que abstenerse de toda influencia objetiva en la política. La controversia, que es también de interés para la actual situación parlamentaria en Alemania, y que muestra la pluralidad de sentidos

con que puede emplearse la palabra «responsabilidad», no fue resuelta, sino que acabó con la caída de la Monarquía burguesa en la revolución de 1848.

3. También la *Constitución belga de 1831* se considera Constitución de una Monarquía parlamentaria, aun cuando, a juzgar por el texto de la Ley constitucional, se distingue poco de una Monarquía constitucional de estilo alemán. «La distinción no está en la prescripción legal, sino en su aplicación a la vida pública nacional. Es una regla consuetudinaria, y vive en el espíritu de la Constitución; la letra no dice nada» (Errera, *El Derecho político del reino de Bélgica,* ed. alemana, 1909, pág. 58). Según la regulación constitucional (arts. 63, 64), los Ministros son «responsables» y adquieren la responsabilidad mediante su refrendo en los actos del Rey. Esto bastaba como base legal para un sistema parlamentario. «Responsabilidad» significa aquí, a diferencia de una responsabilidad que se haga efectiva en un procedimiento de forma judicial (acusación de la Cámara de Diputados ante la Corte de casación, según el art. 90), una dependencia política cuyos supuestos y efecto no estaban regulados al detalle, pero de los que se seguía la necesidad de una coincidencia de Gabinete y mayoría de la Cámara y el deber del Rey de formar un nuevo Ministerio «después de un voto de desconfianza en un problema de alguna significación», así como después de un cambio de opinión manifestado por el resultado de las elecciones. En lo esencial, es todo práctica consuetudinaria.

4. La Constitución francesa de 1848 creaba el cargo de un Presidente de la República que debía ser independiente frente al Parlamento. Exigía el refrendo de los Ministros para su actividad oficial, pero al mismo tiempo declaraba «responsable» al Presidente de la República. De esta responsabilidad directa del Presidente podía deducirse que tenía facultades políticas independientes, porque sólo así recibiría un contenido su responsabilidad. Esta falta de claridad, muy característica del sistema parlamentario, condujo a vivas discusiones acerca de la medida en que competía al Presidente la dirección de la política y qué significaba propiamente su «responsabilidad». La Asamblea nacional mantuvo la pretensión de dominar el «sistema político», invocando que éste era lo propio de la esencia de un Gobierno parlamentario. Cuando la Asamblea legislativa pronunció una censura contra los Ministros, el Presidente los separó, pero acentuó al mismo tiempo que él era independiente en sus decisiones políticas, porque era responsable. La interesante controversia no llegó hasta el final, sino que fue acabada por el golpe de Estado: Luis Napoleón disolvió la Asamblea nacional en 2 de diciembre de 1851, aun cuando esa disolución estaba constitucionalmente prohibida. Según la nueva Constitución, de 14 de enero de 1852, sancionada por plebiscito, Napoleón III era, primero como Presidente, después como Emperador, el director de la política de Francia. La Constitución de 1852 era pronunciadamente antiparlamentaria, los Ministros sólo eran responsables ante el Jefe del Estado, no existía solidaridad del Ministerio como un todo. Sin embargo, poco a poco fueron introduciéndose concesiones al Parlamento: por lo pronto, se consintieron «mensajes» del Parlamento, como respuesta al discurso del trono que anualmente pronunciaba el Emperador. En el Senadoconsulto de 8 de septiembre de 1869 se dice: «Los Ministros dependen sólo del Emperador. Son responsables. Sólo pueden ser acusados por el Senado», frases cuya oscuridad es palmaria. Poco antes de estallar la guerra de 1870 se reconoció en la Constitución de 21 de mayo de 1870 la plena responsabilidad del Ministerio (art. 19). Esto se consideró como introducción de un Gobierno parlamentario, aun cuando al mismo tiempo se volvía a acentuar la responsabilidad independiente del Emperador: el Emperador es «responsable ante el Pueblo francés» (art. 13). Tampoco aquí se resolvió la controversia; después de la derrota militar, el Imperio fue suprimido en 4 de septiembre de 1870.

5. La Asamblea nacional francesa, que se reunió en 1871, designó a Thiers para *Chef du pouvoir exécutif.* Era, en realidad, un Presidente del Consejo de Ministros parlamentariamente responsable, actuaba en el Parlamento, pero llevó a él una Ley, de 13 de marzo de 1873, para sustituir la responsabilidad presidencial directa por una responsabilidad ministerial. Este principio pasó a las leyes constitucionales de 1875, que prevén un Presidente de la República elegido por una Asamblea nacional, pero ligado al refrendo ministerial. El Gobierno parlamentario está reconocido en la Ley constitucional de 25 de febrero de 1875, art. 6, con las palabras: «*Les ministres sont solidairement responsables devant les Chambres de la politique générale du Gouvernement et individuellement de leurs actes personnels.*» El Presidente es responsable sólo en el caso de alta traición. El nombra y separa a los Ministros, tiene el derecho de enviar mensajes al Parlamento y puede pedir una segunda deliberación de la ley; el artículo 5 de la Ley constitucional de 25 de febrero de 1875 le da derecho de disolver la Cámara de los Diputados con anuencia del Senado. Pero estas facultades del Presidente han perdido su significación, y no han hecho que el Presidente tenga un influjo objetivo en la *politique générale.* De los cuatro Presidentes franceses dimitidos antes del transcurso de su período de elección —Mac Mahon, 1879; Grévy, 1887; Casimir Périer, 1895; Millerand, 1924—, la mayor parte hubieron de dimitir porque parecía serles insoportable la falta de influencia política de su puesto.

Pero no sólo el Presidente, sino también el Ministerio mismo está limitado en la independencia de su dirección política frente a la Cámara de los Diputados. En Francia existe, sin duda, una fuerte tendencia a manejar el gobierno parlamentario de manera que la mayoría de la Cámara prescriba a los Ministros toda actitud de importancia, con lo que las decisiones políticas han solido surgir en una Comisión del Parlamento, que así resultaba ser, de hecho, un Ministerio. La norma constitucional no es, pues, un esquema sólido; gobierno parlamentario puede tanto significar dominio político del Parlamento, como dirección de la política por un Presidente del Consejo de Ministros. La política de Poincaré, Presidente del Consejo, había sufrido una derrota en las elecciones de 11 de mayo de 1924; el cuerpo electoral se había declarado contra Poincaré y a favor de los radicalsocialistas. Sin embargo, pudo Poincaré, sin ir a una nueva elección, formar en 23 de julio de 1926 un nuevo Gabinete, que aun cuando tenía en su seno algunos radicales, estaba no obstante bajo su dirección política; como no temía presentar con mucha frecuencia la cuestión de Gabinete, pudo sacar adelante su voluntad frente a una Cámara irresoluta y dividida en muchos partidos. Tampoco en el gobierno parlamentario de Francia basta, ni el texto de la Ley constitucional escrita, ni el claro contenido de una sólida práctica, para dar un sentido inequívoco al concepto de «gobierno parlamentario». Del hecho de que una regulación constitucional quiera introducir un «gobierno parlamentario» no puede todavía deducirse si es el Presidente de la República, o el del Consejo de Ministros, o la mayoría de la Cámara quien traza las directrices de la política.

III. *El proceso en Alemania.*

1. Las Constituciones alemanas, desde 1815 a 1848, corresponden al principio monárquico, como se expuso en el Acta federal de Viena de 1815 y el Acta final de Viena de 1820 (arriba, pág. 210). Los «estamentos» tenían un derecho de cooperación en la legislación, y también el derecho de consentir tributos, pero no existía ninguna responsabilidad ni dependencia del Gobierno monárquico respecto de esos estamentos. Los ministros eran servidores del príncipe y no otra cosa. A consecuencia de la Revolución

de 1848 en la mayor parte de los Estados alemanes, o bien se fijó por ley constitucional la Monarquía constitucional (así en Prusia), o bien se estableció la *responsabilidad* ministerial por medio de adiciones o reformas allí donde había ya «Constituciones». A pesar de ese éxito, el movimiento revolucionario de 1848 no condujo a un Gobierno parlamentario. El rey de la Monarquía constitucional de estilo alemán conservó la dirección política y no pudo ser desplazado de esa situación ni aun por las facultades del Parlamento (cooperación en la obra legislativa y aprobación del presupuesto). Podía «remitirse a su poder político» cuando el Parlamento fallaba (Max von Seydel). Fr. J. Stahl estableció la distinción entre Monarquía constitucional y parlamentaria (arriba, pág. 279). Los adversarios liberales de ese sistema lo designaron como «seudoconstitucionalismo». Sin embargo, en la literatura política alemana del siglo XIX, sólo Roberto von Mohl ha intentado justificar un gobierno parlamentario (arriba, pág. 302).

En *Baviera,* la Constitución estamental de 1818, que naturalmente no conocía ninguna responsabilidad ministerial ante los estamentos, fue completada por una ley de 4 de junio de 1848, que introducía esa responsabilidad y prevenía el refrendo de los Ministros para los actos del Rey: «Un Ministro o un representante suyo que vulnere por acciones u omisiones las leyes del Estado, es *responsable* ante los estamentos del Imperio.» Los Ministros siguen siendo, sin embargo, los servidores del Rey y dependiendo de su confianza. La nueva responsabilidad introducida se refiere sólo a *contravenciones legales,* pero no a la dirección política como tal; está regulada de manera que para hacer responsable al Ministro por la vulneración de las leyes del Estado pueden acusarle las Cámaras ante un Tribunal de Estado (sobre esto, Seydel, *Bayer. Staatsrecht,* 2.ª ed., I, 1896, págs. 517 y sigs.). Una ley bávara de 30 de marzo de 1850 regula el procedimiento de ese Tribunal. *Sajonia* (§§ 141 y sigs. de la Constitución, y ley de 3 de febrero de 1831) y *Württenberg* (cap. 10) establecen esa responsabilidad de forma judicial sólo para las violaciones de la Constitución; *Baden* (ley de 20 de febrero de 1868), para violaciones graves, conscientes o debidas a negligencia, de la Constitución, o de derechos constitucionales reconocidos, o grave amenaza de la seguridad y bienestar del Estado. Esta última figura pasa ya al terreno de lo político; pero el procedimiento sigue siendo de forma judicial, y pierde con ello su fuerza política.

En *Prusia,* determinaba el art. 44 de la Constitución de 31 de enero de 1850: «Todos los actos de gobierno del Rey necesitan para su validez el refrendo de un Ministro, que, por ello, acepta la *responsabilidad.*» Esto se designa como responsabilidad política, en contraste con la penal, pero no significa dependencia respecto del Parlamento. El Ministro sigue siendo el servidor del Rey (art. 45). Cada una de las dos Cámaras (Cámara de Señores y Cámara de Diputados) puede exigir la presencia de los Ministros (art. 60); por acuerdo de una de las dos Cámaras pueden ser acusados los Ministros «por el delito de violación de la Constitución, de soborno o de traición», y por cierto, ante el Tribunal supremo de la Monarquía. Pero los «casos de responsabilidad», el procedimiento y la pena habían de ser regulados en una ley especial (artículo 61, 2); como esa ley no se hizo, las Cámaras no podían ejercitar su facultad de acusación, y la responsabilidad quedó privada de significación práctica (sobre esto, Bismarck en la Cámara de Diputados, el 22 de abril de 1862, *informe estenográfico,* II, pág. 952; el Alto Mensaje de 26 de mayo de 1863, en el mismo lugar, pág. 1.322). Así, pues, aquí no se llevó a la práctica siquiera la responsabilidad de forma judicial.

Hay que añadir todavía que todo lo que se refiere al poder de mando militar del Rey estaba exceptuado del refrendo ministerial. El influjo político del Parlamento en el gobierno sólo podía hacerse efectivo mediante la negativa del presupuesto y de los créditos. También ese intento se malogró en el conflicto prusiano entre Cámara de Diputados y Gobierno en 1862 y 1866. La Cámara de Diputados negó su anuencia al presupuesto, pero el Gobierno continuó sin él la gestión de los negocios y declaró que la carencia de presupuesto no era, en verdad, normal, pero tampoco inconstitucional, porque en ese punto había una «laguna en la Constitución». Esta «teoría de las lagunas», sostenida también por Bismarck en las deliberaciones del Landtag, fue aceptada por la doctrina del Derecho político en Prusia y en el Imperio después de la victoria de Bismarck; comp. Anschütz, en *Meyer-Anschütz,* pág. 906: «Sólo una cosa es segura: la Constitución no quiere, no puede querer, que al producirse la falta de presupuesto se interrumpa la vida del Estado»; pero cuando no hay acuerdo entre los órganos supremos del Estado acerca del presupuesto, «no hay aquí ya tanto una laguna en la ley (es decir, en el texto constitucional) como una *laguna en el Derecho,* que no puede llenarse por medio de ninguna especie de operaciones conceptuales de la ciencia jurídica. *El Derecho político cesa ahí;* la cuestión de cómo haya de procederse a falta de ley del Estado, no es una cuestión jurídica.» En realidad, se trata de la cuestión de la soberanía, cuya respuesta queda soslayada de ese modo.

4. Para el Imperio alemán de la Constitución bismarckiana de 16 de abril de 1871, determina el artículo 17, 2: «Las disposiciones y providencias del Emperador serán promulgadas en nombre del Imperio, y requieren para su validez el refrendo del Canciller imperial, que, al prestarlo, acepta la *responsabilidad.*» El canciller era, como ministro único, único sujeto de esa responsabilidad. La «responsabilidad» en sí misma no daba base a ninguna especie de gobierno parlamentario. El derecho del Reichstag a dirigir peticiones al Bundesrat o al Canciller (art. 23, a. C. a.) no ofrecía ningún instrumento para una construcción de la «responsabilidad», y mucho menos el derecho de interpelación y el derecho de dirigir comunicaciones al Emperador. Las últimas facultades citadas, que hubieran podido convertirse por medio de la práctica y costumbre en medios eficaces de influencia política fueron designados por la doctrina oficiosa del Derecho político como «seudoderechos», y puestos burlescamente en el mismo plano que el derecho «a saludar con un *¡viva!* al Emperador» (Laband, I, pág. 309). Tampoco determinadas manifestaciones de confianza o desconfianza del Reichstag (desde 1908) pasaban por «funciones jurídico-políticas». La cuestión de la responsabilidad del canciller ante el Reichstag estaba, además, embrollada, porque el tan complicado sistema de la distribución de competencias entre el Reich y los Estados, se corregía en parte, pero en parte se complicaba más con la práctica de las uniones personales de los puestos importantes del Imperio (canciller y secretarios de Estado) con los puestos prusianos de ministros y de miembros enviados al Bundesrat. En la ley de presupuesto, sólo el Bundesrat, y no el canciller, se encontraba colocado frente al Reichstag (E. Kaufmann, *Bismarcks Erbe in der Reichsverfassung,* 1917, pág. 63).

La Constitución imperial de 1871 no contenía prescripciones sobre la responsabilidad en forma judicial de los ministros, como se encuentran en

Constituciones de la Monarquía constitucional. En el Reichstag que discutió la Constitución, fue rechazada la propuesta de Bennigsen, de aceptar la adición «la responsabilidad y el procedimiento a seguir para hacerla efectiva serán regulados por una ley especial» (*Informes estenográficos*, pág. 342). Bismarck veía la significación de aquel artículo 17 y su responsabilidad en que el canciller del Reich, que primitivamente se concibió tan sólo como «Subsecretario de Estado para los asuntos alemanes en el Ministerio prusiano del Exterior», fue «desplazado hacia el puesto de un ministro del Reich con la dirección política». Max von Seydel decía en la primera edición de su *Comentario a la Constitución imperial*, que aquella responsabilidad del canciller era una «frase»; pero en la segunda edición (1897, página 178) rectificó esa expresión, porque el artículo 17 afecta menos a la relación del canciller con el Parlamento que a su relación con el Emperador: asegura al canciller una independencia ministerial frente al Emperador. Cuando partidos liberales y demócratas del Reichstag alemán trataban de adquirir influencia en la política del Gobierno imperial, podía oponerse también a los más modestos intentos de «parlamentarización del Gobierno imperial» un especial argumento, que no entraba en juego para los diversos Estados alemanes: la incompatibilidad de un Gobierno parlamentario con la estructura federal del Imperio alemán. La «incompatibilidad de parlamentarismo y federalismo» se aduce con frecuencia como postulado de validez general; el que los Estados Unidos de América no conozcan tampoco el Gobierno parlamentario, parece confirmar la incompatibilidad (E. Kaufmann, ob. cit., págs. 69/70). No tenemos que decidir aquí si en realidad existe una incompatibilidad absoluta entre parlamentarismo y federalismo; realmente, lo que suprime la independencia estatal de los Estados miembros no es el parlamentarismo, sino la lógica del principio democrático de identidad (pág. 327). Para el Imperio alemán de la Constitución bismarckiana, la incompatibilidad se consideraba en todo caso doctrina oficial. Una declaración prusiana en el Bundesrat, de 5 de abril de 1884, y un mensaje del Emperador alemán al Reichstag, de 30 de noviembre de 1885 (*Hirths Annalen des Deutschen Reiches*, 1886, pág. 350), quieren demostrar que un Gobierno controlado por el Parlamento elegido es inapropiado para la dirección de un pueblo grande, y especialmente peligroso para un Estado federal basado en el pacto. Mediante una parlamentarización del Gobierno del Imperio, el Reichstag elegido por todo el pueblo alemán hubiera adquirido un influjo decisivo en la dirección política, y el Poder federal no hubiera sido ya un Poder de los Gobiernos de los príncipes federados. En esto se veía el peligro de una disolución del Imperio alemán. También bajo el punto de vista de la homogeneidad monárquica de la Federación, parecía grave un Gobierno parlamentario. Las discusiones y luchas alrededor del Derecho electoral prusiano son, en todo caso, desde varios aspectos, luchas por la sustancia de la homogeneidad, sin la que no es posible ninguna federación, sea Estado federal, sea Confederación de Estados.

5. Sólo durante la guerra mundial adquirió el Reichstag alemán creciente influjo en la dirección política, y por cierto en la misma medida en

que se empeoraba la situación militar y político-externa. Se demostraba que el dualismo de la Monarquía constitucional podía subsistir en tiempos pacíficos y tranquilos, e inducir a la opinión de que la cuestión decisiva puede suspenderse permanentemente; pero que toda situación crítica ponía de manifiesto su carácter inestable. Anteriores avances ocasionales del Reichstag (1908, la llamada crisis del «régimen personal» de Guillermo II; 1913, el caso Zalern) no tuvieron, en verdad, éxito, pero son significativos como síntomas, porque permiten conocer que la natural tendencia hacia la parlamentarización estaba presente siempre, y sólo detenida por la obra inaudita de Bismarck, mientras tanto actuaban sus efectos. Por el contrario, aflojaba la resistencia contra aquella tendencia en la misma medida en que el Gobierno carecía de éxito, y era, por último, derrotado en la política exterior. Cierto que no se puede comparar la Monarquía alemana, sobre todo la prusiana, con la Monarquía de Napoleón III, pero aquí actúa, sin embargo, una consecuencia inmanente del constitucionalismo, igual en ambos casos, que conduce a que todo descalabro militar o político-externo de un Gobierno independiente del Parlamento tiene como consecuencia político-interna una ampliación del poder del Parlamento.

Sólo en el año 1917 comienza de nuevo en Alemania una discusión del parlamentarismo, teóricamente interesante, y con perspectivas de éxito práctico (comp. la literatura en Anschütz, *Meyer-Anschütz,* pág. 1.027). Max Weber hizo una serie de propuestas en algunos célebres artículos de la *Frankfurter Zeitung* (mayo, junio, 1917): abolición del art. 9, a. C. a. (que disponía la incompatibilidad entre el puesto de diputado del Reichstag y el de plenipotenciario en el Bundesrat, de manera que un diputado del Reich no podía ser presidente del Consejo de ministros prusiano, sin renunciar a su mandato); además, estructuración del derecho de encuesta del Reichstag y formación de un Consejo de la Corona, al que debían pertenecer parlamentarios, para aconsejar personalmente al Emperador. Entonces no pedía Max Weber un Gobierno parlamentario en el sentido de Gobierno dependiente de la confianza del Reichstag (mejor dicho, de su mayoría), y mucho menos la supresión de la Monarquía. Estos artículos (que fueron coleccionados en 1918 en el escrito *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland)* ejercieron gran influjo en los autores de la Constitución de Weimar y son una apreciable fuente para enjuiciar esta Constitución desde el punto de vista de la Teoría del Estado. Lo que Max Weber exigía era caudillaje político según el modelo del caudillaje de partido por hombres de Estado en Inglaterra. Las condiciones de los partidos en Alemania, y la atomización de éstos, hubo de hacer pronto problemático este ideal. Tampoco la ulterior discusión teórica desconoció, en modo alguno, la dificultad. Un escrito de R. Piloty sobre *Das parlamentarische System* (1917) declaraba que los pensamientos fundamentales de ese sistema eran el que «sólo *una* dirección de partido pueda estar en cada momento al timón». «Si se deja ahí a todos los partidos por igual, y con ello todas las contraposiciones, se niega precisamente su sistema.» Pero también la concepción que Piloty tiene del sistema parlamentario va en el sentido de que

los caudillos de partidos fuertes logren el Gobierno, para hacer programa de gobierno el programa de su partido y probarse a sí mismos, junto con su programa, en la realidad de la dirección de los negocios.

En 19 de julio de 1917 se manifestó claramente la pretensión del Reichstag sobre el control político del Gobierno en la llamada «resolución de la paz». La mayoría (centro, partido progresista, socialdemocracia y el ala izquierda de los liberales nacionales) adoptó aquel célebre acuerdo: «El Reichstag propugna una paz de inteligencia y reconciliación permanente de los Pueblos. Con esa paz son incompatibles las adquisiciones forzadas de territorios y las violencias políticas, económicas y financieras.» También se había exigido para Prusia la introducción del sufragio universal, demanda que mostró cuán poco significaban ahí las limitaciones y consideraciones de carácter legal-constitucional, porque en la estructura federal del Imperio era difícilmente admisible, desde el punto de vista del Derecho político, tal injerencia del Reichstag en asuntos prusianos. El canciller Bethmann-Hollweg había hecho efectiva su dimisión en 14 de julio de 1917. Su sucesor, Michaelis, fue nombrado por el Emperador, sin escuchar de antemano al Reichstag o ponerse en contacto con él. Pero el nuevo canciller formó en agosto de 1917 un Comité de siete diputados jefes del Reichstag y siete delegados elegidos del pleno del Bundesrat, por de pronto, sólo para aconsejar sobre la respuesta alemana a la nota pontificia en favor de la paz. Algunos vieron ya en eso un paso hacia la propuesta de Max Weber de que se formara un Consejo de la Corona. El creciente influjo del Reichstag afectaba sólo, sin embargo, al Gobierno civil, mientras que el poder de mando militar y la dirección del ejército —lo que importaba durante una tal guerra— quedaba, naturalmente, en manos del Emperador. El siguiente canciller, conde de Hertling, fue ya nombrado de acuerdo con los partidos del Reichstag, y antes de su toma de posesión se entendió con la coalición de partidos dominante acerca de su programa de gobierno. A su sucesor, el príncipe Max de Baden, último canciller de la Alemania imperial, no le nombró el Emperador completamente con arreglo a las costumbres o normas de una Monarquía parlamentaria, pero en la nota del Emperador de 30 de septiembre de 1918 se decía al separar al conde de Hertling: «Deseo que el Pueblo alemán colabore con más eficacia que hasta ahora en la determinación de los destinos de la patria. Es por eso mi voluntad que hombres designados por la confianza del Pueblo participen en amplia medida en los derechos y deberes del Gobierno.» Y seguía un ruego al conde de Hertling para que le propusiera su sucesor. En este procedimiento observa el príncipe Max de Baden, en sus *Erinnerungen und Dokumenten (Stuttgart,* 1927, págs. 328/329), que hubiera sido más acertado dirigir una invitación al Parlamento para que aconsejara la composición del nuevo Gobierno, antes de haber llamado a su jefe. «En todos los países de occidente democráticamente gobernados, el primer ministro tiene las manos libres para la elección de sus colaboradores. Mediante esta introducción de la revolución por arriba se abandonó el pensamiento de un jefe.» En 3 de octubre de 1918 fue nombrado canciller el príncipe Max de Baden;

en 5 de octubre compareció ante el Reichstag, dio cuenta de las directrices de su política y planteó la cuestión de confianza.

Las reformas constitucionales con que se introdujo expresa y formalmente en el Reich el gobierno parlamentario, aparecieron a última hora, en 28 de octubre de 1918 (*Gac.*, págs. 1.273/74): «El canciller del Reich necesita la *confianza* del Reichstag para el ejercicio de su cargo.» Al mismo tiempo se extendió la competencia del Reichstag a una cooperación en la declaración de guerra y acuerdo de la paz, y el requisito del refrendo ministerial al nombramiento, promoción y sustitución de los oficiales superiores del ejército de tierra, así como de los oficiales de la Marina. El Emperador se declaró conforme expresamente en un mensaje, y dijo que el pueblo alemán tenía «por su comportamiento en la guerra, un título a que no se le retenga ningún derecho, a que se le garantice un porvenir libre y dichoso». Se mantienen en esta ley el Bundesrat y sistema de un canciller, pero se suprime la incompatibilidad entre Bundesrat y Reichstag (art. 9, a. C. a.).

Estas leyes constitucionales surgieron sin una resistencia digna de mención. No pudieron detener ya la revolución, ni salvar el trono imperial, como la parlamentarización de 21 de mayo de 1870 (arriba, pág. 315) tampoco pudo detener la caída del Imperio napoleónico. Sin embargo, la formulación de aquéllas es significativa, incluso para la Constitución de Weimar; el giro: «el canciller necesita la confianza del Reichstag para el ejercicio de su cargo» ha pasado al art. 54, C. a. Mientras que el proceso político y jurídico-constitucional en Francia y Bélgica ha llevado a edificar el sistema parlamentario sobre una «*responsabilidad*» del Gobierno, en Alemania la fórmula del sistema parlamentario ha sido la *dependencia respecto de la confianza* del Reichstag.

Todas las exigencias de la burguesía liberal alemana de 1848 y de la época del conflicto de 1862 a 1866, se cumplieron, pues, pasado medio siglo. El gran éxito de la política de Bismarck las contuvo durante dos generaciones. Ahora tenía lugar su realización, pero entre tanto la situación política y social había cambiado por completo, y el cumplimiento recibió un sentido distinto al que hubiera tenido cincuenta años antes. Había desaparecido el antagonista —una fuerte Monarquía—, y el éxito alcanzado por la burguesía al introducir el parlamentarismo en Alemania fue, en cierto sentido, póstumo.

§ 26

OJEADA SOBRE LAS POSIBILIDADES FORMALES DEL SISTEMA PARLAMENTARIO

I. *Punto de vista decisivo: coincidencia* de Parlamento y Gobierno, y de Gobierno y Parlamento; así, pues, supresión del «dualismo» de que había hablado Roberto Mohl (arriba, pág. 302). La coincidencia puede significar cosas distintas en la realidad concreta. Puede ser una «conexión sólida», como dijo Hugo Preuss en las deliberaciones de la Constitución de Weimar *(Prot.,* pág. 300), o sólo una armonía general de la dirección política en su conjunto; puede, además, realizarse a través de una más o menos acusada *subordinación* del Gobierno al Parlamento o del Parlamento al Gobierno. Con el nombre de «sistema parlamentario» se designan todas esas distintas y hasta contradictorias posibilidades políticas.

II. *Medios para realizar la coincidencia.* Como tales han de citarse:

1.° Derecho del Parlamento a dirigir *comunicaciones* al Gobierno; *derecho de interpelación*; derecho a exigir la *presencia de los Ministros*; derecho a exigir *declaraciones* de los Ministros.

No basta, en general, para «parlamentarizar» el Gobierno.

2.° Posibilidades indirectas de actuación mediante el manejo de otras facultades constitucionales, por ejemplo:

a) Negativa a aceptar los proyectos de ley del Gobierno.

b) Posibilidades de derecho presupuestario, sobre todo, la negativa de la aprobación, constitucionalmente exigida a los presupuestos, y denegación de los créditos pedidos por el Gobierno.

En Alemania no ha bastado.

c) Derecho a erigir Comisiones de investigación.

3.° Fijación en la ley constitucional de la *responsabilidad* ante el Parlamento del Ministro refrendatario.	Bastó, en Francia, Bélgica, Italia; pero no frente a la Monarquía constitucional alemana.
4.° Fijación en Ley constitucional de la dependencia respecto de la *confianza* del Parlamento.	La fórmula del parlamentarismo alemán: ley de 28-X-1918; proy. I de la Constitución de Weimar de 3-I-1919 (§ 65, TRIEPEL: *Quellensammlung,* pág. 9); proy. II de 20-I-1919 (§ 70, TRIEPEL, pág. 16); proy. III de 17-II-1919 (art. 75, TRIEPEL, pág. 25); artículo 54, C. a.; art. 17, C. a.

III. *«Casos» de responsabilidad parlamentaria.* También cuando la responsabilidad o dependencia respecto de la confianza está fijada en ley constitucional, puede ser muy distinta la situación de hecho a que va ligada la consecuencia de esa responsabilidad o dependencia, esto es, el deber de retirarse. En el punto capital de esas situaciones de hecho se encuentra siempre el acuerdo formal del Parlamento, mediante el cual se expresa la desconfianza al Gobierno. Se designará aquí como «caso de Gabinete»; la palabra «caso» se empleará (aunque no con entera exactitud) como «caso de guerra» o «caso de alianza» *(casus belli* o *casus foederis)* para subrayar la situación política cuya aparición comporta un determinado efecto político.

Como «casos» tales, hay que citar (desde el caso más fuerte y expreso hasta el más débil indicio):

1.° Destitución directa por acuerdo del Parlamento.

2.° Requerimiento expreso de dimisión.

3.° Denegación expresa de una declaración de confianza, cuando ésta se encuentre constitucionalmente prescrita.

4.° Censura expresa *(vote of censure)* o desaprobación *en conjunto* (a diferencia de censura o desaprobación de actos concretos).

5.° Acuerdo expreso de desconfianza, al que va ligado el deber de dimitir, expresado en Ley constitucional (art. 54, C. a.).

6.° Acuerdo expreso de desconfianza, cuando nada prescribe la Constitución (práctica francesa y belga).

7.° Negativa de una declaración de confianza pedida por el Gobierno.

8.° Negativa de una declaración de confianza propuesta por un partido.

9.° Desaprobación expresa de una acción u omisión del Gobierno.

10. Negativa de una moción de aprobación, relativa a una acción u omisión concreta.

11. Negativa a un proyecto del Gobierno (supone, como en Inglaterra, que es el Gobierno exclusivamente quien ejercita la iniciativa; en contrario, art. 68, C. a.).

12. Negativa a cualquier propuesta del Gobierno.

13. Otros acuerdos del Parlamento, de los que pueda deducirse desconfianza o desaprobación, como nombramiento de una Comisión investigadora, exigencia de aportación de documentos, expresión de dudas acerca de «honestidad o legalidad de actuaciones de gobierno» (comp. propuestas de Gobierno, proy. I al art. 34).

14. *Sin* especial *acuerdo* del Parlamento:

a) Nuevas elecciones (comp., arriba, pág. 258).

b) Disolución de la coalición de partidos que había venido apoyando al Gobierno; éste es el caso más frecuente en la práctica alemana actual del sistema parlamentario.

Por lo demás, todo asunto del Gabinete puede hacerse «cuestión de Gabinete», obligando así al Parlamento a una toma de posición. En esto hay una posible arma del Gobierno frente a un Parlamento cuya posición no sea unitaria y cerrada, convirtiéndose así el instrumento de la dependencia en un instrumento de independencia (comp., arriba, el ejemplo del Gobierno Poincaré, pág. 316).

§ 27

EL SISTEMA PARLAMENTARIO DE LA CONSTITUCION DE WEIMAR

I. En las deliberaciones de la Asamblea nacional de Weimar se evitó de intento el precisar con rigor el sistema parlamentario. Se quería, de una parte, una «sólida conexión» entre Parlamento y Gobierno; por otra parte, la relación había de ser, como dice H. Preuss *(Prot.,* pág. 300), «elástica». Por lo pronto, se dio a conocer el rastro de la lucha sostenido durante decenios contra el Gobierno; muchos entendían por gobierno parlamentario el gobierno de una *Comisión* de la mayoría del Parlamento bajo la dirección política del Parlamento mismo. Pero los pensamientos de Max Weber —única ideología fuerte que existía aún sobre el parlamentarismo— actuaron al mismo tiempo con gran eficacia. Se basaban en el ideal democrático de la *selección del jefe.* Siguiéndole, el art. 56, C. a., estableció el sistema de *primer ministro:* «El canciller traza las directrices de la política». El canciller estaba pensado como jefe político; sin embargo, no se quería permanecer en el sistema de canciller solo, de la Constitución bismarckiana, que contaba demasiado con las condiciones del anterior Reich y con la personalidad de Bismarck, y que, prácticamente, apenas si era todavía posible. Se formó, pues, un Gobierno del Reich como *colegio,* bajo la jerarquía y presidencia del canciller, de manera que, de una parte, a pesar de la jerarquía y presidencia, no quedara suprimida la colegialidad; pero, de otra parte, tampoco el colegio tuviera la jerarquía y la dirección política (la «determinación de las directrices de la política»). La colegialidad estaba destinada a ser una «colegialidad política» *(Prot.,* pág. 301, manifestaciones de Preuss, Zöphel y Koch), no una colegialidad al modo de los colegios de funcionarios, y mucho menos que el rango preeminente del canciller significara que hubiera de ser un superior en el sentido burocrático. El canciller ha de fijar, es cierto, las directrices de la política, y dar la «dirección

II. OJEADA

1. *Sistema de Parlamento (en sentido estricto)*	2. *Sistema de Primer ministro (o Canciller)*	3. *Sistema de Gabinete*	4. *Sistema presidencial*
(Dirección política decisiva por la mayoría del Parlamento) puede resultar del *art. 54, C. a.* (dependencia respecto de la confianza del Reischtag) *Art. 50* (con el 54) (requisito general del refrendo), por el contrario, apenas del *art. 59, C. a.* (acusación de Ministros y Presidente, responsabilidad en forma judicial)	*Art. 56, C. a.* (El Canciller determina las directrices de la política) *Art. 53, C. a.* (derecho de presentar proyectos, a favor de los Ministros) *Art. 55, C. a.* (presidencia del Canciller en el Gobierno; ligado con la presidencia: art. 58, 2, voto de calidad en el colegio). *No* es decisivo el que el Canciller, de acuerdo con el Ministro de Hacienda, pueda, según el § 21, 3, de la Ordenación presupuestaria del Reich de 31 de diciembre de 1922, *impedir* que se introduzca un gasto o anotación (1) en el proyecto de presupuesto, aun contra la mayoría de los demás Ministros.	Puede resultar del *art. 53, C. a.* (nombramiento del Canciller y los Ministros por el Presidente del Reich) en relación con el *art. 54, C. a.* (dependencia respecto de la confianza del Reichstag) como consecuencia práctica de los gobiernos de coalición. *Art. 57, C. a.* (Adopción colegial de acuerdos, sobre todo, de proyectos de ley.) *Art. 58, C. a.* (El Gobierno adopta sus acuerdos por mayoría de votos. En caso de empate decide el Presidente.)	Dirección política del Presidente, posible a base del *Art. 41, C. a.* (elección por todo el pueblo). *Art. 25, C. a.* (disolución del Reichstag). *Art. 73, C. a.* (disposición del referéndum), en relación con el *art. 53, C. a.* (derecho de nombramiento y separación del Canciller y los Ministros, estos últimos a propuesta del Canciller).

(1) El Ministro de Hacienda puede formular reparos a los aumentos de gastos propuestos por los demás Ministros. Si el Consejo los admitiera, todavía podrá requerir nuevo examen, no concediéndose el aumento si el Canciller no vota con la mayoría. *(Nota facilitada por don Pío Ballesteros.)*

total», pero sin mezclarse en la Administración. El diputado Koch comparó esto con la posición de un burgomaestre, que no entra en los detalles de los asuntos burocráticos. Pero junto a esto, se aceptó también el sistema *presidencial,* creando en el Presidente del Reich un contrapeso frente al poder del Parlamento. Así, el gobierno se encuentra partido entre el Presidente del Reich y el Gobierno en sentido estricto (comp. el esquema arriba, pág. 197). Con la introducción del sistema presidencial se encuentran reconocidas potencialmente en la Constitución de Weimar las cuatro subespecies del sistema parlamentario que cabe considerar. El problema específico del gobierno parlamentario en el Reich alemán según la Constitución de Weimar es la relación recíproca de las diversas posibilidades.

III. *La práctica del sistema parlamentario de la Constitución de Weimar.*

1. *La confianza del Reichstag.* El art. 54, C. a., base constitucional del sistema parlamentario de la Constitución de Weimar, contiene *dos frases:* «El canciller y los ministros necesitan para el ejercicio de su cargo la confianza del Reichstag. Cada uno de ellos tendrá que dimitir cuando el Reichstag le retire por acuerdo expreso su confianza.» Ambas frases pueden conducir a distintas consecuencias prácticas, según se acentúe la primera frase o la segunda.

a) La «confianza del Reichstag», de que habla la *primera frase,* es, sin duda, la confianza de la *mayoría del Reichstag.* Con esto, sería manifiestamente inadmisible un Gobierno minoritario. Sin embargo, las condiciones de los partidos en el actual Reichstag alemán han hecho que la segunda frase del artículo 54 resulte decisiva frente a la primera, aun cuando originariamente fue concebida sólo como una consecuencia y especificación de ésta. La «confianza del Reichstag» quería significar la confianza de un partido de gobierno que tuviera mayoría en el Reichstag. Pero no hay en el Reichstag semejante partido mayoritario; tampoco las coaliciones son firmes, sino que se agrupan según puntos de vista completamente distintos, de política exterior, interior, cultural, social.

Con esta disposición de los partidos en el Parlamento, la práctica del sistema parlamentario tiene que apoyarse en la segunda frase del artículo 54, según la cual sólo existe el deber de dimitir en presencia de un acuerdo expreso, llamado «positivo», de desconfianza del Parlamento. En ocasiones, el Gobierno hizo que un partido gubernamental presentara la proposición de expresar al Gobierno la confianza del Reichstag (Gobierno Stresemann, en noviembre de 1923; Luther, en enero de 1926). También se han emitido votos de confianza al presentarse un Gobierno, con la fórmula: «El Reichstag aprueba la declaración ministerial y da al Gobierno un voto de confianza» (comp. Poetzsch, *Jör.,* XIII, 1925, págs. 168/69). Una práctica de continuas votaciones positivas de confianza suprimiría la realidad actual de Gobiernos minoritarios y de coalición. Pero, en tanto que no se pide un voto positivo de confianza y basta la aprobación de declaraciones

o actuaciones concretas (declaración limitada de aprobación), es posible un Gobierno minoritario y puede tomar el Gobierno un Gabinete de coalición incluso con la inseguridad de una coalición. Puede formarse y sostenerse, pues, un Gobierno que *no* tenga la confianza del Reichstag (es decir, de la mayoría del Reichstag). El Gobierno Luther obtuvo en 28 de enero de 1926 sólo 160 votos a favor de la proposición de confianza, mientras que votaron en contra 150, negando así la confianza de modo expreso, y el resto se abstuvo de votar, de modo que la confianza quedó sin expresar. Sería concebible también que se formara un Ministerio puramente de funcionarios bajo la *tolerancia* tácita, que puede cesar en todo momento, de la mayoría del Reichstag, sin recibir un acuerdo de confianza o un acuerdo de desconfianza. La práctica del Reichstag alemán ha encontrado en este punto el concepto de la *aprobación*, en que no se encuentra contenida ni una declaración de confianza ni una declaración de desconfianza. La primera frase del artículo 54 («El canciller y los ministros necesitan la confianza del Reichstag para el ejercicio de su cargo») no tiene ya la significación a que parece responder su sentido literal.

b) Pero también ha cambiado la significación de la *segunda frase*. La práctica de los Gobiernos de coalición lleva a que no se produzca un acuerdo expreso de desconfianza. El Gobierno dimite cuando se separan los partidos de coalición en que se apoyaba. Las crisis de Gabinete son, en realidad, como atinadamente observa Poetzsch (ob. cit., pág. 165), crisis de coalición, es decir, crisis del bloque de partidos que sustituye a un partido con capacidad para gobernar. En esta práctica se muestra con evidencia cuántas veces la decisión política definitiva recae fuera de la publicidad del Parlamento. No ha tenido efectividad la opinión primitiva de que partían los autores de la Constitución de Weimar. El artículo 54 ha recibido un sentido totalmente distinto. No es ya decisiva la primera frase, según la cual el Gobierno necesita la confianza del Reichstag, sino la segunda frase, según la cual dimite cuando ha recibido un voto expreso de desconfianza. Pero esta segunda frase obra sólo en cuanto que no se lleva a la práctica, es decir, que *no* se produce un voto expreso de desconfianza.

Para el caso en que se llevara a la práctica, y la mayoría del Reichstag acordara un voto expreso de desconfianza, habría que señalar un nuevo cambio respecto del pensamiento primitivo. La mayoría del Reichstag que expresa su *desconfianza* es heterogénea en la composición actual del Reichstag, y diversa por lo que afecta a cuestiones de política exterior, interior, cultural y social. Por eso, siempre es casual en el fondo. De otra parte, tampoco es unitaria la coalición de mayoría que apoya al *Gobierno*, dependiendo de la finalidad político-externa, político-interna, de política social o cultural que se encuentra en primer plano. Pero, al menos, es una mayoría positiva dispuesta a la acción, mientras que la mayoría que expresa su desconfianza se basa en una simple coincidencia en lo *negativo*, coincidencia que en la mayoría de los casos carece manifiestamente de valor lógico, jurídico y político, pero que aquí adquiere una decisiva significación de Derecho político. Para la primera frase del artículo 54 se mostró que la confianza del Reichstag

no es la confianza de la mayoría del Reichstag; ¿qué queda entonces de la confianza del Reichstag? Para la segunda frase del artículo 54 resulta que el *voto de desconfianza* es siempre la desconfianza de la *mayoría,* puesto que se prescribe un acuerdo formal, un acuerdo mayoritario, sin atención a cómo se forme esa mayoría. Se suscita la cuestión de si la composición de esa mayoría y los motivos de la desconfianza son absolutos y en todo caso indiferentes, en tanto que la mayoría numérica resulte sólo de la adición de denegaciones de confianza. Las motivaciones de los diferentes partidos que votan en favor o en contra de un acuerdo serán siempre diversas. Se puede temer con esto el incurrir en una especificación prácticamente imposible si se comienza por considerar las diversas motivaciones de los diferentes partidos. Pero cuando los motivos son abiertamente contradictorios, y votan quizá a favor de una proposición de desconfianza nacionalistas y comunistas, entonces la diferencia de motivos excluye el correlato necesario y razonable de un acuerdo de desconfianza: la posibilidad de la confianza, y la formación de un nuevo Gobierno. El acuerdo de desconfianza es, entonces, un acto de simple obstrucción. Aquí no puede existir el deber de dimisión, al menos cuando se dispone al mismo tiempo la disolución del Reichstag.

2. «*El canciller fija las directrices de la política*» (intento de un sistema de primer ministro o canciller, art. 56, C. a.).

La primera cuestión que aquí se suscita es: ¿Frente a quién fija el canciller las directrices de la política? Si la prescripción vale sólo en el complejo a que pertenece el artículo 56, a saber: sólo en relación con el Gabinete, no quiere decir más sino que el canciller fija las directrices de la política *frente a los demás ministros;* o ¿es que vale con carácter general contra toda otra posibilidad imaginable de dirección política, y, por lo tanto, *frente al Reichstag* y al *Presidente del Reich?* Vale, según su sentido primitivo, con carácter general, y es la expresión del esfuerzo por hacer del canciller un jefe político, parlamentariamente responsable. El Reichstag puede derribarle con un acuerdo de desconfianza, y hacer imposible así su política, pero no puede dirigir él mismo la política. También frente al Presidente del Reich aparece el canciller como director de la política, porque es parlamentariamente responsable, mientras que la responsabilidad del Presidente del Reich no puede hacerse efectiva sino indirectamente, en un procedimiento de forma judicial (art. 59) o por la propuesta de deposición mediante referéndum (art. 43, 2). Dirección política y responsabilidad parlamentaria se encuentran en la más estrecha conexión. Naturalmente que la relación con el Presidente no ha sido establecida con una consecuencia perfecta, a causa de la mezcla de elementos del sistema presidencial, según mostraremos más adelante. En todo caso, la frase «El canciller fija las directrices de la política» tiene el sentido constitucional de sistema de primer ministro; no se limita a dar simplemente una regla interna, de carácter reglamentario, para el despacho de los negocios dentro del Gabinete.

La dirección política del canciller, tal como está pensada en el artículo 56, no debe ser entendida de modo subalterno como una especie de

poder de mando. Fijación de las directrices de la política no es mandar, sino dirigir. No cabe aceptar aquí una relación de supra- o subordinación, en el sentido del Derecho de funcionarios, o la normatividad de una ordenación de procedimiento. Puede ocurrir que el jefe renuncie, y entonces la dirección política recaiga de hecho sobre una mayoría parlamentaria o sobre el Gabinete todo, o también sobre el Presidente del Reich. En esto, una regulación constitucional no puede hacer otra cosa que fijar formalmente algunos puntos de un campo amplio, que entonces han de ser formalmente observados. Entre estos puntos, de cuya reunión no resulta una figura cerrada, se dan múltiples posibilidades y queda un amplio espacio. Sería metodológicamente falso plantear aquí cuestiones de inconstitucionalidad, reforma constitucional, etc. El proceso político discurre de otro modo que como pensaron los padres de la Constitución de Weimar. Pero cuando hoy se afirma que el canciller no dirige la política, sino que es decisivo otro factor, esto no es afirmar una inconstitucionalidad o una reforma en la Constitución. Así como una Monarquía no cesa de ser Monarquía porque un enérgico presidente del Gobierno dirija al monarca, como Bismarck bajo Guillermo I, así tampoco hay un cambio constitucional cuando el canciller no realiza, por razones objetivas o personales, la dirección política a él atribuida. Además, la Constitución de Weimar no estableció metodológicamente el sistema de primer ministro, sino que lo ligó y mezcló con los otros sistemas. Los cuatro sistemas están abiertos para la práctica política, y ninguno de ellos es inconstitucional. Se puede partir de la dirección política del canciller, presupuesta en el artículo 56, y mostrar entonces cuánto se desvía la actual posición del canciller del ideal de una dirección política que Max Weber tenía presente. Pero no se puede desconocer que la regulación legal de la Constitución de Weimar contiene en sí dos de tales directores políticos; el Canciller y el Presidente del Reich, que tiene la confianza de todo el pueblo. La actual regulación es resultado de un compromiso de las cuatro subespecies del sistema parlamentario, y además de un compromiso con otras tendencias contrarias: el ideal democrático de un caudillo político, como se lo imaginaba Max Weber; la desconfianza que sentían determinados parlamentarios y partidos de organización sólida, sobre todo, la socialdemocracia, contra instituciones de Democracia directa; y, por último, la tendencia liberal del Estado de Derecho a crear equilibrios de poderes y conservar restos de la Monarquía constitucional en un presidente con mucha influencia política. *Todas* estas tendencias pueden hacerse efectivas en la realidad política con diferente fuerza en las distintas épocas, y hacer aparecer a una nueva luz el texto de la ley constitucional sin modificar su letra. No se puede hablar de un cambio de significación, porque en la regulación constitucional están contenidas desde el comienzo, como posibilidad, las diversas significaciones. No hay ninguna regulación constitucional en ninguna Constitución de la tierra que pueda regular normativamente con los caracteres de una ordenación cerrada de procedimiento, la cuestión de la dirección política. La ojeada que hemos realizado muestra cuán diversas posibilidades caben en las mismas palabras, como «responsabilidad» o «con-

fianza». Tales cuestiones no pueden resolverse ni a modo de mandato ni de procedimiento. Por eso, sería también locura apelar aquí a un Tribunal para tratar en forma judicial la cuestión de la dirección política, y determinar en forma judicial las directrices de la política.

3. *El sistema de Gabinete.* Las anteriores explicaciones son necesarias para enjuiciar desde la teoría de la Constitución el sistema parlamentario de la Constitución de Weimar, porque la práctica actual de los Gobiernos de coalición ha suprimido a ojos vistas el sistema de Primer Ministro. Hoy no se forma el Gobierno cuando un jefe de partido con programa firme encuentra una mayoría para ese programa y dirige entonces la política del Reich, sino que el programa de gobierno se basa en un convenio de las fracciones que se resuelven a participar en el gobierno y ponen sus condiciones para ello. El resultado de tales acuerdos interfraccionales son, entonces, las «directrices de la política». Al formarse Gobierno en enero de 1927, se elaboraron e instrumentaron las «directrices del futuro Gobierno» acordadas en 24, 25 y 26 de enero de 1927 entre el Canciller Marx, es decir, la fracción del Centro, y los otros partidos de coalición, sobre todo el partido nacionalista alemán, y que contenían determinaciones precisas sobre política exterior, política social, etc. De este modo, las directrices de la política se fijan antes de que tenga lugar el nombramiento del Canciller, y a su propuesta, el de los demás ministros. El Canciller está ligado a estas directrices, si quiere permanecer en su puesto. Una desviación de las directrices requiere la anuencia de los partidos de coalición; entonces tiene lugar un acuerdo de las fracciones gubernamentales en la forma de un acuerdo de Gabinete. Así ha podido surgir la opinión de que el artículo 56, C. a., y el sistema de *Premier* ha sido abolido por la práctica, y el Gabinete como tal se ha convertido, frente al Canciller, en una instancia superior por lo que afecta a las directrices de la política (Glum, *Die staatsrechtliche Stellung der Reichsregierung sowie des Reichskanzlers und des Reichsfinanzministers in der Reichsregierung,* Berlín, 1925).

Lo erróneo de esta opinión está, ante todo, en que desconoce en qué medida la regulación constitucional de la Constitución de Weimar hace posibles y deja abiertas las cuatro subespecies del sistema parlamentario. El que la práctica actual de los gobiernos de coalición corresponda al sistema de Gabinete puede ser cierto, sin que ello signifique una contravención de las prescripciones constitucionales. Pero mucho menos sería inconstitucional que se nombrara un Canciller con un programa fijo, surgido sin previo arreglo y acuerdos de las fracciones, buscara después de su nombramiento una mayoría parlamentaria para su programa y, caso de que esa mayoría no se produjese, el Presidente del Reich disolviera el Reichstag. El sistema de Primer Ministro conserva su significación, junto a los otros sistemas, y las prescripciones constitucionales del texto de Weimar no tienen otro contenido positivo que el de hacer posible un delicado equilibrio de aquellas cuatro subespecies. Hay muchas diversas utilizaciones de las distintas posibilidades, quedando todas ellas dentro del amplio ámbito de la regulación constitucional, y no se da ninguna institucionalidad ni ningún cambio

en la Constitución, si, en lugar de una posibilidad, se realiza otra. Sólo puede afirmarse hoy que el sistema de *Premier,* pensado como ideal por los autores de la Constitución de Weimar, queda provisionalmente sin efecto. Pero no se encuentra establecido en la Ley constitucional como un mandato absoluto (pues no puede mandarse que se sea director político), sino sólo *posibilitarlo* como un elemento del sistema parlamentario, junto a otros elementos. En diciembre 1924, un Gobierno resuelto hubiera podido disolver por segunda vez el Reichstag para crear una mayoría de partido. Esto hubiera sido completamente constitucional; un jefe político hubiera podido hacer efectivo aquí el sistema de *Premier.* El que esto no sucediera no fue inconstitucional. Cualquier político de partido, que coloca la mecánica de la organización de partidos y los acuerdos de fracciones en el lugar del Canciller, no tiene quizá interés ninguno en dirigir la política; quiere proteger de conmociones a su partido, y no piensa en tomar sobre sí el riesgo de la actividad política que va siempre ligado con la verdadera dirección. Entonces entran en juego, en lugar del sistema de *Premier,* otras posibilidades del sistema parlamentario.

4. *El sistema presidencial.* La posición de Presidente del Reich se basa en el elemento monárquico utilizado en una moderna Constitución del Estado de Derecho para construir un equilibrio entre Legislativo y Ejecutivo (arriba, pág. 281). Junto a la construcción de un contrapeso, propia del Estado de Derecho, han actuado también con eficacia en la introducción del sistema presidencial, pensamientos de Democracia directa. El Presidente del Reich es elegido por todo el pueblo alemán. Su derecho a disolver el Reichstag (art. 25) o a disponer un referéndum frente a un acuerdo de ley del Reichstag (art. 73) le da la posibilidad de dirigir una «apelación al pueblo» y establecer una relación directa con los ciudadanos electores *contra* el Parlamento. El Pueblo es el tercero más alto, que decide, tanto frente al Parlamento como al Gobierno, y el Presidente del Reich tiene un contacto directo con el Pueblo. Está ideado como un hombre que reúne en sí la confianza de todo el Pueblo por encima de los límites y del marco de las organizaciones y burocracias de los partidos; no como hombre de partido, sino como el hombre de confianza de *todo* el Pueblo. Una elección presidencial verdaderamente regida por ese sentido de la prescripción constitucional sería algo más que una de tantas elecciones como tienen lugar en un Estado democrático. Sería una aclamación magnífica del Pueblo alemán y tendría el carácter imponente que revisten tales aclamaciones en una Democracia. ¿Qué otro sentido y finalidad podría tener una posición tan sólida del Presidente del Reich, sino el de una dirección política? Cuando en realidad se reúne en un único hombre la confianza de todo el Pueblo, esto no tiene lugar para que permanezca privado de significación política, pronuncie discursos inaugurales y ponga su nombre al pie de decisiones ajenas. Es, pues, evidente, y corresponde al pensamiento fundamental del artículo 41, C. a., que el Presidente del Reich es un dirigente político. Las importantes facultades de gobierno que la Constitución le confiere, mando supremo del ejército, medidas del estado de excepción, derecho de gra-

cia, etc., demuestran que, aun cuando su ejercicio se encuentre ligado al refrendo de un ministro, no se trata aquí de un puesto apolítico. La consecuencia es que, según la Constitución de Weimar, entran en juego *dos* dirigentes políticos: el Canciller y el Presidente del Reich. Aquél determina las directrices de la política, pero sólo porque está apoyado en la confianza del Reichstag, es decir, en una coalición cambiante e insegura. El Presidente del Reich, por el contrario, tiene la confianza de todo el Pueblo, no comunicada a través de un Parlamento dividido en partidos, sino concurriendo directamente en su persona. El que un Pueblo deba tener en tal manera dos dirigentes políticos puede llevar a conflictos peligrosos, si ambos son verdaderos dirigentes políticos y no siguen la misma dirección política. Sería un dualismo de peores consecuencias, acaso, que el dualismo de la Monarquía constitucional. Los conflictos que se produjeran no podrían llevarse simplemente a la decisión del Pueblo, porque ello conduciría a una continua práctica de plebiscitos, tan antidemocrática como imposible. Pues el Pueblo elige sus dirigentes para que dirijan, no para decidir él mismo de un modo continuo las dificultades y divergencias de opinión de los dirigentes.

Pero si el Presidente del Reich no es dirigente, sino el hombre «objetivo», entidad neutral y sin partido, entonces es, como titular de un poder neutral, de un *pouvoir neutre,* instancia mediadora, *pouvoir modérateur;* árbitro, que no decide, sino que concilia a las partes y que, por la autoridad y confianza que en ellas encuentra, crea una atmósfera de inteligencia. El Presidente Ebert, que todavía no estaba elegido por todo el Pueblo alemán, cumplió esta tarea en casos importantes, y del modo más claro, en el verano de 1922, durante el conflicto entre Baviera y el Reich. Por lo demás, esta actividad tiene, por su naturaleza, algo de inadvertible, y hasta imperceptible, y supone que el Presidente consigue libertarse de las solicitaciones de un partido. Un monarca que llega a su puesto por vía hereditaria, como miembro de una vieja dinastía en segura posesión del trono, puede fácilmente, en general, guardar una actitud neutral sin caer en la nulidad política. Por el contrario: un Presidente elegido, o lo es, en realidad, por todo el Pueblo, en cuyo caso será un político y dirigente en un sentido especialmente decisivo e intensivo —porque el Pueblo es, por necesidad, una entidad política— y no sólo el tercero neutral; o bien es elegido por una coalición de partidos, a base de acuerdos de partidos, y entonces no puede ejercer fácilmente aquella especial función de neutral. Pues las organizaciones de partido harán Presidente, o a un partidario de confianza, o a un hombre inocuo que no se les ponga en el camino. La actividad neutral mediadora y arbitral que él, entonces, ejercita, pierde su valor y eficacia; no tiene ya ni decisión política, ni un auténtico poder neutral, sino que es sólo un anejo del Parlamento o del Gobierno. De ocurrir esto en la realidad, no puede decirse tampoco que sea inconstitucional, pues también queda abierta esta posibilidad, según la regulación constitucional del texto de Weimar. El ejemplo del actual Presidente, Hindenburg, no demuestra en modo alguno que un Presidente elegido por el Pueblo haya de sustraerse necesariamente a las consecuencias de la organización en partidos del cuerpo

electoral. Pues la autoridad y confianza que encuentra el Presidente Hindenburg, por encima de los límites de partido, en la mayor parte del Pueblo alemán procede todavía de tradiciones e impresiones que se formaron *antes* de la presente situación constitucional. Esa autoridad y confianza surgió en la Guerra y durante la catástrofe. En las épocas de política parlamentaria normal de partido, por el contrario, toda persona que penetra en lo público-político se sitúa muy pronto en la política de partido.

El Presidente del Reich sólo puede ejercer sus facultades, según la Constitución de Weimar, en relación con el Gobierno, porque está ligado al refrendo del Canciller o de los ministros (art. 50). Si coinciden Presidente del Reich y Gobierno —sea porque el Presidente se sume al Gobierno, sea porque éste se deje dirigir por el Presidente, sea, finalmente, porque surja de ambas partes una actuación común por concepciones comunes— queda suprimido el dualismo del Ejecutivo, y se encuentra un Gobierno fuerte frente al Reichstag. Al surgir un conflicto entre Presidente del Reich y Reichstag, quedan las diversas posibilidades de «apelación al Pueblo»: disolución del Reichstag, disposición del referéndum, propuesta del Reichstag para la deposición del Presidente. Todas las prescripciones de la Ley constitucional sobre el Gobierno y su relación con el Parlamento reciben su contenido propio a través de estas posibilidades, y por eso deben ser consideradas, no aisladamente, sino en conexión con todo el sistema. De aquí que la facultad de disolución y el modo de su aplicación práctica sea hoy decisivo, tanto para el sistema parlamentario en sí como también para la subespecie del sistema que en la realidad de la vida política se hace efectiva.

§ 28

LA DISOLUCION DEL PARLAMENTO

La facultad de disolución es la clave del actual sistema parlamentario Tal puede decirse con carácter general y para la regulación de la Constitución de Weimar en particular.

I. *Clases de disolución.* En los distintos sistemas de Derecho constitucional, la disolución del Parlamento tiene un significado distinto.

1. *El derecho de disolución monárquico.* En una Monarquía no parlamentaria, la disolución del Parlamento suele tener por finalidad la conservación del predominio del Gobierno monárquico frente a la Representación popular. La facultad de disolución es aquí un arma dirigida contra el Parlamento; el ejercicio del derecho de disolución suele suponer un conflicto; pero la disolución no es una apelación al Pueblo, ni las elecciones una decisión definitiva, porque el Rey puede repetir la disolución a su arbitrio. Los más célebres ejemplos de ese derecho de disolución monárquico están contenidos en la historia del conflicto prusiano entre el Gobierno del Rey y el Landtag prusiano, de 1862 a 1866, con sus varias disoluciones del Landtag. La impresión de ese acontecimiento fue muy fuerte. Todavía en la Asamblea nacional de Weimar puede percibirse su influencia, que se muestra en haber añadido expresamente en el art. 25, C. a., que el derecho de disolución del Presidente del Reich podrá ejercitarse, «sin embargo, sólo una vez por el mismo motivo». Hugo Preuss se manifestó de la siguiente manera, respecto a ese postulado: «El sentido de la prescripción (' por el mismo motivo') es claro. El Presidente y el Gobierno no deben tener la posibilidad de intentar, mediante repetidas disoluciones por la misma cuestión *—me acuerdo de la época de los conflictos—*, el hacer poco a poco dócil al Reichstag y al cuerpo electoral.» *(Prot.,* pág. 233.) Bajo la

impresión de ese «conflicto», Preuss llegó, evidentemente, a la consecuencia de que la disolución del Reichstag significa siempre un conflicto y, por lo tanto, algo anormal, serio y que hace acordarse de un golpe de Estado. Esto puede ser acertado para la Monarquía constitucional de estilo alemán, pero no vale para el sistema parlamentario de una República democrática.

2. *El derecho presidencial de disolución.* Artículo 25, C. a.: «El Presidente del Reich puede disolver al Reichstag.»

El derecho de disolución es, aquí, un medio necesario y normal del equilibrio y de la apelación democrática al Pueblo. La prescripción del artículo 25 de la Constitución de Weimar, de que el Presidente no pueda disolver el Reichstag «más que una vez por el mismo motivo», se refiere sólo al caso de que la disolución se produzca por un conflicto auténtico basado en la clara contraposición de dos opiniones diferentes, y el Pueblo aprueba por la nueva elección, o el punto de vista del Reichstag o el del Gobierno (con el Presidente del Reich), decidiendo de este modo el conflicto. La apelación al pueblo es definitiva y, naturalmente, no puede ser repetida por el mismo motivo, esto es, sobre la misma divergencia de opinión. Pero eso supone la presencia de un conflicto auténtico.

El derecho presidencial de disolución que compete al Presidente de la República francesa se basa en el art. 5 de la Ley constitucional de 25 de febrero de 1875: «El Presidente de la República puede, de acuerdo con el Senado, disolver la Cámara de los Diputados antes del transcurso del período para el que fue elegida.» Aun cuando la facultad de disolución ha dejado de ser efectiva desde 1877, este ejemplo de facultad presidencial de disolución es especialmente instructivo para el conocimiento de la Teoría constitucional. Hay que referirlo a las ideas y construcciones típicas del Estado liberal de Derecho de Prévost-Paradol, y sólo puede entenderse desde los puntos de vista de la mezcla y relativización de elementos políticos formales propia del Estado de Derecho, que en esto ha llevado a aprovechar formas de organización monárquicas (arriba, pág. 281).

3. *El derecho ministerial de disolución.* La esencia del derecho ministerial de disolución consiste en que un Gobierno parlamentario —sea el Primer Ministro, sea el Gabinete—, cuando ya no está de acuerdo con él la mayoría en el Parlamento (produciéndose uno de los distintos casos de Gabinete, arriba, pág. 336, enumerados), puede hacer «apelación al Pueblo» e intentar, mediante la disolución del Parlamento y convocatoria de elecciones, ganar una nueva mayoría. Aquí se supone un conflicto entre mayoría parlamentaria y ministros, que el Pueblo decide en definitiva con las elecciones. La disolución no puede repetirse, pues, por causa del mismo conflicto; las elecciones deciden. Esta disolución ministerial ha aparecido con especial claridad sobre todo en la práctica inglesa, si bien el Ministerio como tal no tiene un derecho formal propio de disolución, sino que ésta es adoptada formalmente por una disposición del Jefe del Estado —en Inglaterra, por real decreto.

4. *Autodisolución del Parlamento.* Como nuevo caso de disolución del Parlamento se ha desarrollado la autodisolución, hoy reconocida en las

Constituciones alemanas de País (por ejemplo, Constitución prusiana de 1920, art. 14; Constitución bávara de 1919, § 31). Aquí carece de sentido la limitación a una sola vez y al mismo motivo, pues claro está que cada Parlamento sólo una vez puede disolverse a sí mismo.

5. *Disolución por iniciativa popular.* Una última especie de disolución del Parlamento, por iniciativa popular, se encuentra reconocida hoy en Constituciones de Países alemanes (por ejemplo, Prusia, art. 14; Baviera, § 30); pero no cuenta para la Constitución del Reich.

6. Especialidades: cooperación de un Senado (arriba, pág. 290); además, disolución por una «Comisión» especial (art. 14, Const. prusiana), y otras.

II. *El derecho de disolución del Presidente del Reich.*

1. La Constitución de Weimar no conoce otra disolución del Reichstag que la ordenada por el Presidente del Reich (art. 25, C. a.). Pero el ejercicio de esa disolución, siempre presidencial en cuanto a la forma, puede servir en la práctica a diversas especies de disolución parlamentaria. Normalmente, una disolución del Reichstag ordenada por el Presidente del Reich es una disolución presidencial, no sólo por la forma, sino también por el contenido. Sirve para afirmar la posición independiente del Presidente del Reich frente al Reichstag, haciendo que ante un conflicto entre la mayoría de éste y el Presidente del Reich decida el Pueblo. Sin embargo, junto a eso tiene especial importancia el caso de una disolución del Reichstag, presidencial por la forma, pero ministerial en el fondo. Aquí, la disolución ordenada por el Presidente sirve a la finalidad de la independencia del Gobierno y significa una limitación al postulado de que el Gobierno depende de la mayoría del Reichstag. Podría también tener lugar una autodisolución del Reichstag, en la forma de disolución presidencial, verificada cuando el Reichstag mismo deseara la disolución. Por último, sería concebible todavía que el Presidente del Reich se ajustara con su disolución a la voluntad de una minoría, y esto, que en realidad sería una disolución por iniciativa popular, adoptaría la forma de disolución presidencial. La distinción de las diversas especies de disolución es muy significativa, a los efectos de interpretar el artículo 25, aun cuando no pueda disponerse de otra forma que a través de la disolución presidencial y el Presidente no pueda ser obligado a ordenar la disolución contra su voluntad.

2. El hecho de que el Presidente del Reich esté ligado, según el artículo 50, C. a., para todas sus actuaciones oficiales, incluso para ordenar la disolución del Reichstag, al refrendo del Canciller o del Ministro competente, suscita la ulterior cuestión de cómo se regulan las dos especies prácticamente más importantes de disolución: la presidencial y la ministerial. Pues sólo el Presidente del Reich puede ordenar la disolución, y sólo con el refrendo del Canciller. Ambas especies de disolución, independientes y separadas, se encuentran así inseparablemente unidas, y si no se logra ganar al Presidente para una disolución ministerial, o al Canciller para una disolu-

ción presidencial, no pueden verificarse ninguna de las dos clases de disolución.

Casos ocurridos hasta ahora: Ordenanza del Presidente del Reich de 13 de marzo de 1924 (*Gac.*, I, pág. 173); se disuelve el Reichstag «por haber constatado el Gobierno que la demanda de que no se modifiquen por ahora las Ordenanzas emitidas a base de las leyes de autorización de 13 de octubre y 8 de diciembre de 1923 (*Gac.*, I, páginas 943 y 1.179), que considera vitales, no encuentra la anuencia de la mayoría del Reichstag». Además, Ordenanza del Presidente del Reich, 20 de octubre de 1924: «Dificultades parlamentarias hacen imposible el sostenimiento del actual Gobierno y también la formación de uno nuevo sobre la base de la política interior y exterior seguida hasta ahora.»

Ambas especies de disolución corresponden al sistema parlamentario de la Constitución de Weimar. De ello pueden resultar dificultades que sólo se resuelven conociendo la significación auténtica de la dependencia respecto de la confianza del Reichstag. El Gobierno necesita la confianza del Reichstag para el ejercicio de su cargo (art. 54); pero el Canciller y, a propuesta suya, los ministros son nombrados por el Presidente del Reich (artículo 53). Ya se mostró antes que el art. 54 recibió su contenido propio, en cuanto que sólo el acuerdo expreso de desconfianza representa caso de Gabinete. Por lo tanto, puede haber un Gobierno que ejercite su cargo sin tener la confianza de la mayoría del Reichstag. Todo Gobierno minoritario se encuentra en esa situación. Si el Presidente del Reich nombra un Canciller y dispone con su refrendo la disolución del Reichstag antes de que se haya producido un acuerdo expreso de desconfianza, ello no implica violación del art. 54, C. a., porque entonces todo Gobierno minoritario representaría tal violación. Esto resulta incuestionable después de la práctica hasta ahora seguida para la formación de Gobiernos en el Reich alemán.

Más difícil es la cuestión cuando existe un acuerdo expreso de desconfianza del Reichstag, teniendo así base indubitable el deber de dimitir, según la letra del art. 54, 2. En este caso puede verificarse la disolución *presidencial* dimitiendo el Gabinete y nombrando el Presidente del Reich uno nuevo, con cuyo refrendo disuelve el Reichstag antes de que pueda ser adoptado un nuevo acuerdo expreso de desconfianza. La disolución *ministerial*, por el contrario, parece estar excluida por completo en este caso, si bien ha de ser considerada en él de modo especial. En las inclinaciones formalistas de la Teoría alemana del Derecho político se aferrará verosímilmente a la letra del art. 54 y negará al Gobierno la posibilidad de apelar al Pueblo frente a un acuerdo expreso de desconfianza. Pero habría que distinguir, al menos, qué especie de mayoría es la que, por un acuerdo de desconfianza, retira aquí al Gobierno la confianza. Si es una mayoría sólida que está dispuesta a formar, por su parte, el Gobierno con directrices políticas claras, sería razonable, si no también obligado, rechazar aquí la disolución ministerial, aun cuando el derecho ministerial de disolución se ajusta con la mayor adecuación a este caso. Pero si la mayoría que ha adoptado el acuerdo de desconfianza no es una mayoría unitaria, y las motivaciones

políticas del acuerdo son manifiestamente contradictorias, tratándose de un acuerdo de desconfianza adoptado, acaso, con votos de los populistas, de los comunistas y del partido popular alemán, sería absurdo declarar ilícita aquí la disolución ministerial y exigir del Presidente del Reich que no disolviera antes de haber formado nuevo Gobierno, lo que en realidad implicaría exigir que se tratara como una especie de bien jurídico, protegido por ley constitucional, el estado de incapacidad de gobierno o de «noluntad» de gobierno del Reichstag.

3. Tanto en la interpretación de las prescripciones legal-constitucionales sobre el sistema parlamentario del actual Reich alemán, como en el enjuiciamiento del derecho de disolución de la Constitución de Weimar, ha de tenerse en cuenta la conexión de ambas instituciones, sin que puedan acentuarse aisladamente y, por lo tanto, de modo excesivo y exclusivista las distintas prescripciones legal-constitucionales. Antes bien, todas ellas se completan en un delicado sistema que deja abiertas las más diversas posibilidades. En el centro se encuentra la facultad de disolución del Presidente del Reich como institución normativa que soporta todo el sistema y modifica todas las demás prescripciones constitucionales, institución cuya finalidad es hace que decida la voluntad del Pueblo, incluso frente a una mayoría parlamentaria. El Tribunal de Estado de Oldenburgo trató, en su sentencia de 21 de abril 1925 (*AöR.*, t. 9, 1925, págs. 224 y sigs.), el caso de una disolución de Landtag después de rechazar una declaración de confianza, sosteniendo este punto de vista democrático de que «precisamente por la disolución se pone al Pueblo en condiciones de hacer efectiva su voluntad en el conflicto». El ponente en la Comisión de Constitución de la Asamblea nacional de Weimar Dr. Ablas reconoció y expresó con mucha claridad el mismo pensamiento (*Prot.*, pág. 233): «Ese derecho (el de disolución del Presidente del Reich) va, sin duda, muy lejos; pero tenemos que aprobarlo en todas las circunstancias. El Presidente del Reichstag cuando adquiera el convencimiento de que éste sigue un camino equivocado con sus acuerdos o se encuentra en contradicción con el sentimiento popular. Esto es democrático, y contra la apelación del Pueblo no puede precaverse ningún buen demócrata.» Conforme a ese criterio, puede decirse lo mismo para el caso, de gran importancia política, de una disolución dispuesta por el Presidente del Reich, pero, en el fondo, ministerial. Entonces la disolución tiene como fin el de ofrecer la posibilidad a un Gobierno que ha perdido la mayoría en el Parlamento, de suscitar por unas elecciones la decisión de los electores y que decida así la mayoría de los ciudadanos con derecho a voto, frente a una simple mayoría parlamentaria con su agrupación casual y cambiante en fracciones. La finalidad política y jurídico-política de la disolución ministerial que pertenece al sistema de la Constitución de Weimar desaparecería si se quisiera interpretar el artículo 54 sin atención al art. 25, empeñándose en que el Gobierno del Reich no es hoy más que un accesorio, que cambia automáticamente, de la agrupación de fracciones que cambia por días. Yo aceptaría, por eso, que un Gobierno privado de confianza por acuerdo expreso de desconfianza del

Reichstag puede refrendar la disposición del Presidente del Reich disolviendo ese Reichstag. El deber de dimisión fundado en el art. 54, C. a., subsiste, naturalmente; pero en un caso tal habría que esperar la decisión del Pueblo sobre la composición del Reichstag. El deber de dimisión surge cuando la nueva elección no ha arrojado una mayoría del Reichstag a favor del Gobierno, que se ve privado de la confianza del nuevo Reichstag.

Sección Cuarta

TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LA FEDERACIÓN

§ 29

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE UNA TEORIA CONSTITUCIONAL DE LA FEDERACION

I. *Ojeada sobre las clases de relaciones y asociaciones interestatales.*

1. Hay relaciones entre Estados allí donde existen, unas junto a otras, unidades políticas en paz o en hostilidad. El Derecho internacional es la suma de reglas reconocidas, consuetudinarias o convencionales, para estas relaciones de simple coexistencia. La comunidad de los Estados entre los que se dan tan sólo relaciones internacionales, no fundamenta todavía una *asociación* de esos Estados. Cuando se habla de que «el» Derecho internacional (es decir, una pluralidad de reglas diferentes, de caso en caso y de relación en relación) funda una «comunidad jurídico-internacional», o una *famille des nations,* se da este nombre al correlato lógico de aquellas relaciones de coexistencia. Cuando se habla de una «ordenación jurídico-internacional», no ha de entenderse el concepto de ordenación como un sistema cerrado de normas, sino como algo que existe con dimensiones del ser. Esta comunidad jurídico-internacional no es un tratado, ni descansa en un tratado. No es tampoco una alianza, y mucho menos una federación. No tiene Constitución en sentido específico, sino que es el reflejo, que se manifiesta en diversas reglas y consideraciones generalmente reconocidas, del Pluriverso político, esto es, de la coexistencia de una pluralidad de unidades políticas.

De la misma manera que es imposible hallar la «constitución» de una familia en ciertas normas generales al modo de: «Honrarás a tu padre y a tu madre» o «Amaos los unos a los otros», tampoco puede considerarse como Constitución de la comunidad jurídico-internacional una norma general y abstracta. Sobre todo, es una empresa desesperada la de ofrecer como Constitución postulados generales a la manera de «el Derecho prevalece sobre la fuerza», o la santidad de los contratos, y atribuir a la «comu-

nidad jurídico-internacional» general el carácter de una auténtica federación. El postulado *pacta sunt servanda* que A. Verdross presenta como «Constitución» de la comunidad jurídico-internacional, es el menos apropiado para constituir una comunidad y ordenación más allá de las simples relaciones de coexistencia. Para el Derecho internacional vale el Tratado que los Estados conciertan, pero no más allá del contenido concreto del pacto, y, además, todavía, del segundo postulado abstracto, amplio, de que los Tratados valen. Eso sería una duplicación ficticia de normas, lógicamente falsa y prácticamente desprovista de valor. Para una crítica más completa de ese postulado, comp., arriba, pág. 87.

Una gran parte de las malas inteligencias y errores que dominan hoy las discusiones sobre los fundamentos del Derecho internacional se explican porque la palabra «internacional» tiene varios sentidos y puede designar políticamente relaciones opuestas entre sí. La terminología alemana permite una clara distinción de *interestatal* e *internacional;* la honestidad científica obliga a observar esta distinción: «Interestatal» significa, en contraste con «internacional», que los Estados, es decir, las unidades políticas, se encuentren situados unos frente a otros, cerrados hacia fuera con firmes fronteras, impenetrables, «impermeables», y que conservan en sí mismos la decisión sobre el problema de su propia existencia (esto precisamente es lo que significa «soberano»: que no decide un extraño sobre la existencia política). «Internacional», por el contrario, significa (en buena terminología alemana) la supresión y abolición de las distinciones nacionales; una interpenetración y asociación por encima de las fronteras de los Estados. La Iglesia católica es una organización internacional, no interestatal; sindicatos internacionales, carteles internacionales, etc., lo son, en la misma medida en que no son interestatales.

Esta evidente distinción, conocida desde hace tiempo (comp., por ejemplo, G. Jellinek: *Allgemeine Staatslehre,* págs. 116 y otras), es olvidada con frecuencia, incluso en discusiones científicas, con referencia a la Sociedad de Naciones ginebrina. Esta es una organización interestatal, si bien el pacifismo es un movimiento internacional. Cuando se intercambian constantemente pacifismo con Liga de Naciones (en el vago sentido de paz entre los pueblos e inteligencia recíproca), y Liga de Naciones con la *Société des Nations* de Ginebra, se sacan fácilmente consecuencias fantásticas. En el escrito de Arthur Wegner: *Criminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht (Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft,* Hamburgo, 1925, págs. 11, 78), se discute la cuestión de si es un acto punible, como traición a la patria, la denuncia a una potencia extranjera de una conducta del propio Gobierno o autoridades estatales, contraria al Derecho internacional. Wegner opina: «Cierto que cada cual tiene derecho a luchar contra la *iniuria* del Gobierno. Pero, según nuestra concepción cultural, no es medio de esta lucha la apelación al extranjero, sino a la comunidad internacional.» En la pág. 11 sostiene que puede existir para el Derecho penal un secreto de Estado concontrario al Derecho internacional (que no pueda ser «traicionado»), de la misma manera que el empleado no puede comunicar al competidor los secretos del negocio. En esta explicación (en que el Estado, es decir, la unidad política del propio pueblo, se reduce a un «negocio industrial»), se cierra así la frase: «Pero si la denuncia tiene lugar, por ejemplo (literalmente: por ejemplo), a la Liga de Naciones, la decisión es ya más difícil.» Y esto porque hoy vacilan muchos millares «entre Liga de Naciones y Patria». El profesor alemán de Derecho penal considera a Ginebra, según parece, como el análogo de Moscú, y convierte en «internacional» una organización interestatal.

2. *Relaciones particulares,* reguladas por tratados, para propulsar fines específicos del Estado. A esto corresponden numerosas clases de los distin-

tos tratados internacionales, como tratados de comercio, suministros, además de asociaciones pactadas para la regulación permanente de tales fines, uniones, como los tratados de unión postal, uniones aduaneras y de comercio, etc. Esta clase de relaciones o asociaciones pactadas se caracterizan porque dan lugar a obligaciones positivas —muy importantes con frecuencia— de contenido mensurable, pero que no afectan inmediatamente a la existencia política del Estado como tal en su conjunto. No son nunca una asociación para vida y muerte.

Puede ocurrir que asociaciones económicas o de otra especie adquieran gran significación, pero sólo cuando afectan a la existencia política del Estado son decisivas. Las asociaciones económicas no envuelven por sí mismas, todavía, ninguna comunidad de existencia política, como puede verse en el ejemplo de las uniones monetarias. Una de tales «uniones» no puede impedir que la moneda de los distintos países o Estados pertenecientes a la Unión siga un curso diferente cuando es diferente la suerte política de los diversos países, como lo demuestra lo ocurrido con la unión latina de 23 de diciembre de 1865 y la unión monetaria escandinava de 27 de mayo de 1873 y 16 de octubre de 1875. Si una asociación económica, por ejemplo, una unión aduanera, hubiera tenido como consecuencia una comunidad política, entonces lo decisivo hubiera sido lo político, pasando a ocupar una asociación más amplia relativa a la existencia del Estado el lugar de las relaciones particulares reguladas contractualmente.

3. *Alianza:* Una relación contractual por la cual un Estado queda obligado a la *guerra* para un caso determinado. Como quiera que la guerra abarca al Estado como totalidad en su existencia política, siendo la última y decisiva expresión del agrupamiento político específico, esto es, de amigos y enemigos, esta obligación tiene un carácter singular y se distingue de cualesquiera otras regulaciones contractuales o asociaciones, por valiosas e importantes que sean. Sin embargo, el *status* político de un Estado y su Constitución no cambian porque se concierte una alianza. La decisión sobre el *jus belli* está contractualmente vinculada para un cierto caso; pero no se ha abandonado el *jus belli* mismo, dejando a un tercero la decisión. Por el tratado de alianza se confirma contractualmente el ejercicio y aplicación de ese derecho. Corresponde al ser político de un Estado el decidir él mismo sobre la cuestión de su existencia. Un Estado que renuncia definitivamente a su derecho de autodefensa, o que transmite a otro Estado o a otra instancia ese derecho, no tiene propia existencia política. Nada importa que se designen como «semisoberanas» las distintas formaciones intermedias, ni que sea usual, por consideraciones diversas, seguir hablando de Estado en este caso: corresponde a la existencia política de un Estado la posibilidad de propia decisión sobre la defensa de su propia existencia. Por eso, el acuerdo de una alianza es un acto de política exterior para el que sólo tiene capacidad un Estado dotado de existencia política. Pero no significa una reforma constitucional, sino sólo el ejercicio de una facultad supuesta de modo expreso o tácito en toda Constitución de un Estado.

Puede disponerse en Ley constitucional la prohibición de concertar alianzas o la sumisión de éstas a un procedimiento especial. La Constitución de Weimar determina en el art. 45, 3: «Las alianzas... requieren el asentimiento del Reichstag.» El Tratado concreto de alianza en particular no es, pues, una reforma de la Constitución, sino sólo la realización de una posibilidad constitucionalmente prevista y la consecuencia de la independencia política exterior. Por lo demás, puede emplearse la forma de la alianza para cambiar el *status* de uno de los Estados que la conciertan y forzarle a una renuncia permanente a la decisión independiente acerca de su *ius belli*. Entonces, la forma del Tratado de alianza sirve de hecho para fundamentar una relación de protectorado (arriba, § 7, pág. 90).

4. La *Federación* es una unión permanente, basada en libre convenio, y al servicio del fin común de la autoconservación de todos los miembros, mediante la cual se cambia el total *status* político de cada uno de los miembros en atención al fin común.

Las características y consecuencias de este concepto de Federación serán desarrolladas sin atender a la distinción entre Confederación de Estados y Estado federal. El tratamiento teórico que ha recibido hasta ahora en Alemania el problema de la Federación adolece de que se encuentra dominado enteramente por el interés de contraponer la Confederación de Estados (concretamente: la Confederación germánica de 1815) al Estado federal (el Reich alemán de 1871), buscando para esta distinción todas las antítesis posibles. Los Tratados de Derecho político alemán de Laband y de Meyer-Anschütz son típicos en este sentido. Plantean alternativas en apariencia claras y decisivas; pero, en realidad, lógicamente raras o imposibles: la Confederación de Estados sería una relación pura de Derecho internacional, en contraste con el Estado federal, que es un puro sujeto de Derecho político; aquélla descansaría en *Tratado* internacional; éste tendría una *Constitución* de Derecho político; la una es una relación jurídica; el otro, un sujeto de Derecho, etc. En tales fórmulas esquemáticas y cómodas se deja de considerar el concepto fundamental común de todo el problema, y se eleva a nota característica del concepto cualquier particularidad interesante para la situación política del momento. Históricamente, es comprensible y explicable que desde el año 1871 la teoría jurídico-política del Reich alemán aportara sobre tan simplistas aforismos la distinción de ese Reich frente a la anterior Confederación germánica de 1815, y pareciera resuelto así el problema general de la Federación. Hoy, ya no es posible ese sencillo método.

La influencia de esa época sigue siendo muy fuerte. Ni siquiera el ingreso de Alemania en la Liga ginebrina de Naciones, ni las cuestiones de Derecho político que resultan de la interpretación del art. 45, C. a., han podido despertar el interés científico por el concepto de Federación. Característico es el artículo de F. Schiller, *AöR.*, nueva serie, t. 11, 1926, págs. 41 y sigs., que quiere tratar la cuestión del ingreso de Alemania como pura «cuestión jurídica», e ignora el concepto de Federación, despachando así mi intento de discusión de ese concepto *(Die Kernfrage des Völkerbundes,* Berlín, 1926) a pretexto de que él persigue una investigación «apolítica». El problema fundamental para la Teoría de la Constitución (puesto que un pacto federal auténtico es un acto del Poder constituyente) no llega a hacerse presente en la conciencia jurídica.

La Federación da lugar a un nuevo *status* de cada miembro; el ingreso en una Federación significa siempre, para el miembro que ingresa, una re-

forma de su *Constitución.* Incluso en el caso de que ninguna prescripción legal-constitucional sea reformada en su texto, se reforma esencialmente, sin embargo —lo que es mucho más importante—, la Constitución en sentido positivo, es decir, el contenido concreto de las decisiones políticas fundamentales sobre el total modo de existencia del Estado. El pacto federal es, por eso, un convenio de singular especie. Es un pacto libre, en cuanto que depende de la voluntad de los miembros el entrar en la Federación; libre, pues, por lo que se refiere al acto de concertarlo. Pero *no* es un pacto libre en el sentido de que pueda ser libremente denunciado, de que regule tan sólo relaciones parciales mensurables. Antes bien, un Estado, por el hecho de pertenecer a la Federación, queda inordinado en un sistema político total. El pacto federal es un pacto interestatal de *status.*

II. De la determinación conceptual de la Federación se sigue:

1. La Federación comprende a todo Estado-miembro en su existencia total como unidad política, y le acopla como un todo en una asociación políticamente existente. Por eso, del pacto federal no surgen sólo vinculaciones particulares. Cuando en la Constitución federal está delimitada la competencia de la Federación, y ésta es competente tan sólo para los asuntos expresamente enumerados (por ejemplo, § 5 de la Constitución de Francfort de 1849), esto afecta a una cuestión técnica de presunción de competencias y regula la ejecución orgánica del reparto de competencias en el seno de la Federación existente. No afecta a la cuestión, completamente distinta, de los *supuestos* de la Federación y al problema de la soberanía. Sobre este problema, abajo, III.

2. El pacto federal tiene por finalidad una *ordenación permanente,* no una simple regulación pasajera. Esto se deduce del concepto de *status,* porque una simple regulación pasajera con rescisibilidad y medida no puede dar lugar a un *status.* Toda Federación es, por ello, «eterna», es decir, concertada para la eternidad.

Los ejemplos históricos de pactos federales hablan siempre, con un giro u otro, de esa permanencia. El acta federal alemana de 1815 dice que los miembros «se unen en una Federación permanente»; el acta final vienesa de 1820 se propone «afirmar indisolublemente el vínculo que une a toda Alemania en paz y concordia», y el artículo V de ese acta final determina: «La Federación se funda como una unión indisoluble, y no puede ser, por tanto, libre la salida de dicha unión para ningún miembro de la misma.» La introducción de la Constitución federal de la Alemania del Norte, de 26 de julio de 1867, habla de una «Federación eterna»; igualmente, la Constitución del Reich alemán de 16 de abril de 1871 dice que el Rey de Prusia, en nombre de la Confederación de la Alemania del Norte y los soberanos de los Estados alemanes del Sur, acuerdan una «Federación eterna».

También en la doctrina de los grandes teóricos del Estado se presenta la permanencia como característica esencial de la Federación, y, sobre todo, en Pufendorff: *De Jure Naturae et Gentium,* VII, c. 5, § 18.

3. El pacto federal es un pacto de singular especie, un pacto constitucional. Su acuerdo es un acto de Poder constituyente. Su contenido es, al

mismo tiempo, contenido de la Constitución federal (arriba, pág. 82) y un *elemento de la Constitución de cada uno de los Estados-miembros.*

Numerosos Estados de la Confederación germánica de 1815 pusieron en la cúspide de su Constitución el postulado de que eran un elemento de la Confederación; por ejemplo, Gran Ducado de Baden (Constitución de 22 de agosto de 1818, § 1): «El Gran Ducado es un elemento de la Federación alemana»; igualmente, el Gran Ducado de Hessen, Constitución de 17 de diciembre de 1820, § 1; además, el Reino de Sajonia, Const. de 4 septiembre de 1831, § 1, y con especial detalle y acierto, el Reino de Württenberg, Const. de 25 de septiembre de 1819, § 3: «El Reino de Württenberg es una parte de la Federación alemana; por eso tienen también fuerza obligatoria para Württenberg todas las resoluciones orgánicas de la Asamblea federal que afecten a las relaciones constitucionales de Alemania o a las relaciones generales de los ciudadanos alemanes. Sin embargo, por lo que se refiere al medio para el cumplimiento de las obligaciones que con eso se establezcan, ha de tener lugar la cooperación constitucional de los estamentos.» Si en el actual Reich alemán y bajo la Constitución de Weimar de 1919 se encuentran tales postulados en las Constituciones de los Países (por ejemplo, art. 1.° de la Constitución prusiana de 30 de noviembre de 1920: Prusia es una República y miembro del Reich alemán), eso ya no tiene la misma significación al respecto, porque el actual Reich alemán no es ya una Federación; comp. abajo, página 368.

4. La Federación reconoce por finalidad el mantenimiento de la existencia política de todos sus miembros en el marco de la Federación. De aquí se sigue que la Constitución federal contiene en todo caso, incluso cuando no habla de ello expresamente, una *garantía* de la existencia política de cada uno de los miembros, y, en efecto, garantiza la existencia de cada uno de los miembros frente a todos y de todos frente a cada uno y frente a todos juntos. Se garantiza, pues, *dentro* de la Federación el *status quo* político, en el sentido de la existencia política. A esto corresponde también normalmente la garantía del *status* territorial. No puede ser privado ningún miembro federal, contra su voluntad, de una parte de su territorio, y mucho menos puede ser suprimido contra su voluntad en su existencia política. No quiere decirse con eso que toda garantía de la existencia política o de un *status* de posesión territorial signifique ya un pacto federal. Pero, a la inversa, a toda Federación corresponde esa garantía, que resulta tanto de la finalidad de autoconservación como del concepto de permanencia, esencial a la Federación.

5. Hacia el *exterior,* la Federación protege a sus miembros contra el peligro de guerra y contra todo ataque. Hacia *dentro,* la Federación significa necesariamente una permanente *pacificación,* como dicen ya desde el siglo XI los viejos pactos federales, una *Landfrieden.* Consiste en la «obligación incondicional de los Estados-miembros de tramitar todos y cada uno de los litigios entre Estados sólo en las vías de Derecho que allí (es decir, en la Constitución federal) se encuentren ordenadas o permitidas». Esta frase de Haenel, relativa al art. 76, 1, *a),* C. a. *(Staatsrecht,* pág. 577), es válida para toda Federación, por encima de la distinción entre Confedera-

ción de Estados y Estado federal, y se desprende de la pacificación interna, esencial a la Federación.

De aquí resulta que el cambio más esencial del *status* de totalidad de los miembros federales afecta a su *ius belli*. Mediante el pacto federal no se fija contractualmente ese *ius belli,* como en el tratado de alianza, para un cierto caso, para el *casus foederis,* sino que se renuncia definitivamente, en el seno de la Federación, a valerse por sí mismo. Ya no pueden tener lugar guerras dentro de la Federación y entre sus miembros. En tanto ella subsista, sólo es posible una *ejecución* federal de toda la Federación contra un miembro. Si se produce una guerra, la existencia de la Federación en su forma presente se destroza.

La Confederación germánica de 1815 se disolvió en 1866 por la guerra entre Prusia y Austria. En 28 de mayo de 1866 rompió el Gobierno austríaco sus negociaciones con Prusia; en 10 de junio de 1866 irrumpieron las tropas prusianas, bajo el mando de Manteuffel, en Holstein. Austria propuso entonces, en 11 de junio, ante el Bundestag, la *movilización* de las tropas federales (excluido el Cuerpo prusiano), proposición que Prusia declaró antifederal, pero que fue aceptada en 14 de junio de 1866. Como aquí se ha de pensar siempre en la «cuestión de la culpabilidad», la declaración prusiana de 14 de junio de 1866, que se dio después de aceptada la proposición austríaca (imp. en *Nouveau recueil général de traités,* XVIII, págs. 310 y siguientes, y Strupp: *Documents,* I, págs. 324 y sigs.), contiene una interesante discusión acerca del significado de una movilización y una guerra en el seno de una Federación: «El Derecho federal conoce, frente a los miembros de la Federación, sólo un procedimiento ejecutivo para el que se encuentran prescritas ciertas formas y supuestos; levantar un ejército federal contra un Estado-miembro a razón de la regulación federal de guerra, es tan extraño a aquél como toda intervención de la Asamblea federal contra un Gobierno federal fuera de las normas del procedimiento de ejecución.» «Como quiera que la confianza de Prusia en la protección que la Federación ha garantizado a cada uno de sus miembros fue sacudida hondamente por la circunstancia de que el miembro más poderoso de la Federación... se ha armado contra Prusia, *apelando a sus propios medios...*, tenía que reconocer el Gobierno del Rey que peligraba en alto grado la seguridad interior y exterior que, según el artículo II del acta federal, es la finalidad capital de la Federación.»

«*Por la declaración de guerra contra un miembro de la Federación, imposible según el Derecho federal...*, considera el Gabinete del Rey que se ha roto la Federación.» La crítica que Haenel: *Vertragsmässige Elemente der Reichsverfassung,* 1873 (*Studien,* I), ha hecho a la concepción prusiana (de que es *nullo jure justificabilis*), precede al problema fundamental de toda Federación.

Cuando, a pesar de una guerra, la Federación no se disuelve, esto es sólo porque una de las partes en litigio considera que su guerra es una simple *ejecución federal,* como en el caso de los Estados del Norte frente a los del Sur al salir de la guerra de Secesión americana de 1861-65, y como en 1866 hubiera intentado con éxito Austria si Prusia hubiera sufrido una derrota. Acerca de que una guerra entre miembros de una Federación acaba con esta última, Pufendorff, ob. cit., § 21.

6. *No hay Federación sin injerencia de ésta* en los asuntos de los Estados-miembros. Como la Federación tiene una existencia política, necesita tener un *derecho de inspección,* poder decidir y, en caso necesario, in-

tervenir acerca de los medios para el mantenimiento, garantía y seguridad de la Federación.

7. Toda Federación como tal puede hacer la guerra y tiene un *ius belli*. No hay, pues, *Federación sin la posibilidad de una guerra federal.* Cuestión aparte es la de si la Federación tiene hacia fuera, es decir, frente a Estados no miembros, un *ius belli exclusivo*. La Federación protege a sus miembros contra los ataques del exterior; pero para eso no precisa ser despojado el Estado-miembro de la posibilidad de hacer la guerra contra uno que no lo sea. De hecho y en la práctica, la guerra de un miembro contra un Estado ajeno a la Federación puede fácilmente poner ésta en peligro. Pero la renuncia al *ius belli* frente a un Estado no miembro, en modo alguno es consecuencia necesaria de la naturaleza de la Federación, mientras que, por el contrario, se deduce de la naturaleza de la existencia política del miembro en particular que un derecho a valerse por sí mismo y a hacer la guerra, sólo puede ser renunciado a condición de pertenecer a la Federación.

III. Las *antinomias* jurídicas y políticas de la *Federación,* y cómo se salvan por la exigencia de *homogeneidad*.

1. *Las antinomias.—a)* Primera antinomia: la Federación tiene por finalidad la autoconservación, es decir, la conservación de la independencia política de cada miembro. Por otra parte, la pertenencia a una Federación comporta una minoración de esa independencia, que conduce a una renuncia al *ius belli,* al medio esencial de la autoconservación, una *renuncia a valerse por sí mismo*. Esta antinomia afecta, pues, al *derecho de autoconservación* de cada miembro federal.

b) Segunda antinomia: el miembro federal trata de mantener mediante la Federación su independencia política y de asegurar su autodeterminación. *Por otra parte,* una Federación, en interés de su propia seguridad, no puede perder de vista los asuntos internos de sus miembros. Toda Federación da lugar a *intervenciones*. Toda auténtica ejecución federal es una injerencia que suprime la autodeterminación completamente independiente del Estado a que afecta, quitándole su carácter de cerrado e impenetrable, su impermeabilidad. Esta antinomia afecta, pues, al *derecho de autodeterminación* de cada uno de los miembros federales.

c) Tercera (y más general) antinomia: toda Federación como tal, con independencia de la distinción entre Confederación de Estados y Estado federal, tiene una voluntad total y existencia política. En esto se distingue de una alianza. A consecuencia de ello, coexisten en una Federación dos clases de existencia política: la existencia común de la Federación y la existencia particular de los Estados-miembros. Ambas subsistirán en tanto deba subsistir una federación. Ni la existencia común de ésta puede suprimir la existencia particular de los Estados-miembros, ni viceversa. Ni los Estados-miembros son simplemente subordinados de la Federación, ni ésta se encuentra subordinada a ellos. La Federación consiste tan sólo en esa vinculación existencial y ese equilibrio. Caben gradaciones en ambos sen-

tidos; el caso extremo lleva siempre a que, o bien se disuelve la Federación, quedando sólo los Estados particulares, o éstos cesan de existir y queda tan sólo un Estado único. La esencia de la Federación estriba en un dualismo de la existencia política, en una vinculación de coexistencia federal y unidad política, de una parte, con una pluralidad que subsiste, un pluralismo de unidades políticas particulares, de otra parte. Una tal situación de equilibrio difícil ha de conducir a muchos conflictos, que necesitan ser resueltos.

La cuestión de la soberanía es la cuestión de la decisión de un conflicto existencial. Hay varios métodos de poner fin y término pacífico a los litigios; pero si la situación del caso exige una *decisión* —y sólo de ese caso se trata aquí—, no puede resolverse el conflicto político dentro de un procedimiento de forma judicial. Pues aquí no entran en juego normatividades e interpretaciones legales. Si el caso está regulado por una norma reconocida, vigente, ya no conduce a un auténtico conflicto. Pero si no hay semejante regulación, el procedimiento no tiene, en realidad, forma judicial, y un tribunal que sin normas generales firmes, determinadas de antemano, decidiera según su criterio un conflicto político, sólo sería un tribunal en apariencia. Tal instancia no es, ni un órgano de la Federación, ni un órgano de uno o de varios Estados-miembros; es siempre parte. También sería inconcebible, frente a un conflicto político auténtico, una «instancia mixta». Pues si había de establecerse con base paritaria tendría que ser igual al número de miembros nombrados por cada parte, dependientes de ella instruidos por ella, a falta de vinculación a una ley; y entonces, sólo podría surgir una decisión cuando uno o varios de los miembros nombrados traicionara los supuestos de su nombramiento. O bien, esa instancia se encontraría *por encima* de las partes, pero no en virtud de su dependencia de la ley, único fundamento de una independencia semejante, y, por lo tanto, no en virtud de una norma igualmente válida para ambas partes, sino en virtud de su *existencia*. Entonces sería soberana la instancia misma. Ya no sería un tribunal, sino un poder político existencial, atento también, por ello, a su propia autoconservación. Por mucho que se puedan solventar, con buena voluntad y mediante hombres discretos y justos, diferencias, diversidades de opinión y litigios, un conflicto existencial no puede allanarse de ese modo. Todo pueblo políticamente existente decide con forzosidad él mismo y a su propio riesgo las cuestiones de su existencia política. Incluso la cuestión de si una cuestión es existencial, sólo puede ser decidida por él en tanto que exista políticamente.

En toda pluralidad de entidades políticamente existentes, independientes entre sí, es siempre posible este conflicto existencial, y está siempre abierta la cuestión de la soberanía, es decir, de la decisión existencial última. Serviría para confundir, sin dar solución ninguna, el tomar aquí la ayuda de una distinción, *primero,* entre Estados soberanos y no soberanos, y, *segundo,* entre Confederación de Estados y Estado federal; y que dijéramos, siguiendo la doctrina dominante del Derecho político alemán (Laband, I, páginas 91 y sigs.; Haener, I, pág. 222; comp. Meyer-Anschütz, pág. 48), que en una Confederación de Estados son *soberanos* los Estados particulares,

y en un Estado federal, el Estado conjunto. Esta no es respuesta para quien conozca bien la significación de un conflicto existencial y la esencia de la decisión soberana. Pues se limita a enunciar que la Confederación de Estados se disuelve en caso de conflicto, pero el Estado federal, no; a la Confederación de Estados se le quita de este modo la voluntad conjunta; todavía no es más que una «relación» interestatal (que, sin embargo, puede, caso notable, hacer la guerra, como en el caso de la Confederación germánica); el Estado federal, por el contrario, será un Estado soberano, porque priva a los Estados de la decisión independiente sobre su existencia política, y sólo les deja un «derecho de legislación autónoma». No obstante, corresponde a la esencia de la Federación el que —en tanto que ella exista como tal, junto a los Estados-miembros como tales— se mantenga abierta la cuestión de la soberanía entre una y otros. Si se habla de una Federación en que los Estados-miembros no son soberanos, sino que lo es la Federación como tal, es hablar de una estructura en la que sólo la «Federación», esto es, el todo, tiene existencia política, con lo que nos encontramos en realidad ante un Estado unitario soberano. De tan sencilla manera se soslaya el verdadero problema de la Federación.

Esta tercera y más general antinomia reconoce como última base el que toda coexistencia de unidades políticas independientes, en el marco de una unidad de conjunto igualmente dotada de existencia política, tiene que aparecer como una contradicción. Max von Seydel cita con vivo aplauso la frase de un francés: *Il ne peut y avoir deux unités, car l'essence de l'unité c'est d'être une:* no puede haber dos unidades, pues la esencia de la unidad consiste en ser una (opinión de Léon, *Abhandlungen,* pág. 19). Eso resulta cierto para el caso de conflicto, pese a las sutiles distinciones entre «Estados» soberanos y no soberanos. La contradicción se muestra en todos los conflictos esenciales dentro de la Federación y en todas las célebres cuestiones litigiosas del Derecho federal, hasta que una decisión política no ha acabado con el anterior equilibrio federal. Así, para la Constitución de los Estados Unidos de América, los problemas propiamente fundamentales se discutieron antes de la guerra de Secesión. Entonces sostuvo John C. Calhoun su famosa tesis (sus artículos aparecieron coleccionados en 1851), a que apela expresamente Max von Seydel *(Zur Lehre von den Staatenverbindungen,* 1872, *Abhandlungen,* pág. 15). Su significación teórica para los conceptos de una teoría constitucional de la Federación es hoy todavía bastante grande, y en modo alguno desaparecida porque en la guerra de Secesión fueran vencidos los Estados del Sur y porque en el Imperio alemán de la Constitución de Bismarck la doctrina dominante se contentara con algunas antítesis y falsas distinciones de Estado y soberanía y Confederación de Estados y Estado federal. En las doctrinas de Calhoun y Seydel se trata de los conceptos fundamentales de la Teoría constitucional de la Federación con cuyo auxilio deben darse a conocer ciertas estructuras políticas en su peculiaridad, y cuyo valor científico sigue vivo, aun cuando quienes los sostuvieron estuviesen políticamente del lado de los vencidos. No se deduce de esto que los Estados Unidos de América, en su estructura

política actual, o el Reich alemán, con su actual Constitución, puedan presentarse en todo caso como una «Federación», sino, al contrario, plantear la cuestión, sin conceptos y terminologías previas, de si se trata aún hoy de una verdadera Federación o sólo de restos de una Federación anterior aplicados, como elementos orgánicos, en una construcción estatal, o transformados poco a poco, desde auténticos elementos federales que eran, en dichos elementos orgánicos auxiliares.

Las tesis más importantes de Calhoun se refieren a la doctrina de los derechos soberanos, independientes, de los Estados, a los State Rights; éstos están, según Calhoun, limitados tan sólo en tanto que la Constitución lo determina expresamente, mientras que la presunción de la ilimitación de aquellos derechos habla a favor de los Estados-miembros. La presunción de ilimitación, la «plenitud del poder del Estado», sirve aquí, no como regla interpretativa para una cierta ley, sino de modo análogo a lo que ocurre en la cuestión del principio monárquico, como fórmula lógica para la soberanía. Esta teoría es desacertada, porque tiene a los Estados-miembros por soberanos y a la Federación por no soberana, lo que es tan poco adecuado a la peculiaridad de la Federación como la afirmación inversa. Calhoun da a los Estados-miembros un derecho de *anulación* de las leyes y actos federales. Según esto, por virtud de propia decisión del Estado-miembro, se niega a un acto federal el reconocimiento y ejecución cuando traspasa, según la concepción del Estado-miembro, las facultades constitucionales de la Federación; en este caso decide provisionalmente la representación popular del Estado-miembro, hasta tanto que haya reconocido la constitucionalidad una mayoría de tres cuartos de la Cámara de Estados de la Federación. Pero ni siquiera una mayoría suficiente para reformar la Constitución puede suprimir las bases contractuales de la Federación. Cuando un Estado-miembro ve amenazada y en peligro su seguridad y existencia, y según su decisión soberana, se abusa de las facultades federales, tiene derecho a rescindir el pacto federal, derecho a la *secesión*. Estas tesis de Calhoun formaban la fundamentación teórica de la secesión de los Estados del Sur, que condujo a la guerra de 1861-1865. Como la guerra concluyó con la derrota de los Estados del Sur, cesó de tener eficacia la teoría para los Estados Unidos de América. «En adelante, el intento de despojar al Gobierno nacional (es decir, federal) de su supremacía, es considerado como rebelión, y por esta causa, bajo el sistema político de los Estados Unidos no es admisible, ni la anulación por un Estado cualquiera, ni la secesión de un Estado... En adelante decide el Tribunal Supremo... Con tanta rapidez había resuelto la guerra todas las difíciles cuestiones que habían preocupado durante dos generaciones a los cuerpos legislativos, los Tribunales y, no en último lugar, al pueblo mismo» (N. Murray Butler, ob. cit., página 219). Pero esa «solución» del problema mediante la guerra significa tan sólo que la Constitución ha cambiado su carácter y la Federación como tal ha cesado, que es lo que la guerra decidió. La posibilidad de un conflicto existencial entre la unión y uno o varios Estados-miembros ha quedado excluida; los elementos federales de la Constitución no se refieren ya a la

cuestión de la existencia política independiente de los Estados, sino que son elementos de organización de la autonomía legislativa y administrativa que subsiste. Con la cuestión de la secesión se aclara ese problema fundamental de la Federación; si ésta, según su esencia, debe ser permanente, el ingreso en la Federación debe significar la renuncia permanente al derecho de secesión; pero si la Federación ha de ser al mismo tiempo un pacto, y los Estados que la integran no deben perder su existencia política independiente, necesitan quedar los miembros de la Federación en situación de decidir por sí mismos sobre la eventual imposibilidad, aplicabilidad y cesabilidad de ese pacto, y éste es precisamente, un derecho de secesión. O bien permanencia de la Federación, es decir, ni secesión ni anulación, o bien existencia política independiente de los Estados-miembros, es decir —aunque sólo en el caso extremo—, anulación y secesión. Pero el concepto de una unidad política permanente, formada por Estados, y que, a pesar de sus fundamentos contractuales, no puede ser abandonada, aparece como una cosa contradictoria en grado sumo.

2. *La disolución de las antinomias de la Federación* estriba en que toda Federación descansa sobre un supuesto esencial, cual es el de la *homogeneidad de todos sus miembros,* homogeneidad sustancial que da lugar a una coincidencia concreta, fáctica, de los Estados-miembros y es causa de que no se produzca en el seno de la Federación el caso extremo de conflicto. También aquí puede tratarse, como en el caso de la homogeneidad democrática (arriba, pág. 225), de la sustancia de los distintos sectores de la vida humana. Puede ser una homogeneidad nacional, religiosa, de civilización, social, o de clase, o de cualquier otra especie. Prescindiendo del caso de la Federación de Repúblicas Socialistas Soviéticas, la sustancia consistirá hoy casi siempre en una homogeneidad nacional de la población. Todavía se añade a ésta, como un nuevo elemento, la homogeneidad del principio político (Monarquía, Aristocracia, Democracia). Desviaciones y diversidades en cuestiones fundamentales —como la diversidad en la consideración de la esclavitud en los Estados septentrionales y meridionales de la Unión americana— han de arribar a una decisión, si no se quiere que pongan en peligro la homogeneidad.

Montesquieu, que también en esto acreditó su penetración teorético-política, hubo de indicar ese supuesto esencial de la Federación. La Consittución federativa debe estar compuesta de Estados de igual naturaleza, sobre todo, de Estados republicanos, *Esprit des lois,* IX, 2: «*Que la constitution fédérative doit être composée d'états de même nature, surtout d'états républicains.*» Pues el espíritu de la Monarquía es bélico y tiende al engrandecimiento; el espíritu de la República es pacífico y moderado (aquí piensa Montesquieu en la República aristocrática, cuyo principio es, según él, la moderación). En todo caso, no pueden convivir en una estructura federal principios y criterios políticos de clases contrapuestas.

La mayor parte de las Constituciones federales contienen, por eso, *garantías* expresas *de la homogeneidad.* La sustancia propia de la homogeneidad suele darse por supuesta de modo tácito; la garantía expresa se refiere, de ordinario, a la forma de Gobierno. Así, el art. 4, sección 4, de la Constitución federal americana de 1787, contiene

una garantía de la forma de gobierno republicana. La Confederación germánica de 1815 contiene ya en el art. 13 del acta federal vienesa una garantía en la que se encuentran previstas Constituciones estamentales para los Estados-miembros. En el art. 57 del acta final vienesa de 1820 se proclamó expresamente el principio monárquico en cuanto forma de gobierno igual para todos los miembros (la pequeña singularidad de las ciudades libres merece ahí tan escasa importancia como en la Confederación de la Alemania del Norte de 1867 y en el Imperio alemán de 1871). Respecto a aquel art. 13, es de singular interés una carta de Gentz, de 16 de febrero de 1818 ó 1817 (*Wittichen,* III, págs. 384-85), donde se dice que si dentro de la Federación hubiera sistemas estamentales junto a sistemas representativos puros, ello daría lugar a confusión y disensiones: «Tal situación de las cosas no ha sido, de seguro, ni pensada ni querida al redactar el acta federal, ni siquiera hubiera sido aceptada como posible, y se encuentra en contradicción evidente con el concepto de la unidad, del orden y de la paz en Alemania.» La *Constitución de Francfort* de 1848-9 determinaba en el art. XII de los derechos fundamentales la homogeneidad sobre la base de «Constituciones constitucionales» con ciertos derechos mínimos de la Representación popular; según el § 195, todo cambio de la forma del Gobierno en un Estado particular, depende de la anuencia del poder del Reich; en el § 130 se proclama que los derechos fundamentales son norma para todas las Constituciones de los diversos Estados.

El *Imperio alemán* de la Constitución de 1871 no contenía ninguna de tales garantías expresas, pero no se apoyaba menos en el hecho de ser una Federación de Estados monárquicos. Sobre la dificultad que resultaba de aquí para el problema de un gobierno parlamentario en el Reich, arriba, § 25, pág. 319.

El art. 6 de la Constitución federal *suiza* de 29 de mayo de 1871 determina: «Los Cantones están obligados a requerir para sus Constituciones la garantía de la Federación. La Federación toma sobre sí su garantía en tanto que:

a) no contenga nada contra las prescripciones de la Constitución federal;

b) asegure el ejercicio de los derechos políticos mediante formas republicanas (representativas o democráticas);

c) sean aceptadas por el pueblo, y puedan ser revisadas siempre que lo exija la mayoría absoluta de los ciudadanos.»

La *Constitución de Weimar* garantiza una homogeneidad a base de una Democracia constitucional con gobierno parlamentario, excluyendo así, tanto la Monarquía, como un sistema proletario de Consejos; el art. 17, C. a.: «Todo País necesita tener una Constitución republicana. La Representación popular será elegida por sufragio universal igual, directo y secreto de todos los hombres y mujeres alemanes del Reich, según los principios de la representación proporcional. El gobierno del País necesitará la confianza de la Representación popular.» Acerca de que el Reich alemán no es ya hoy una Federación, pág. 368.

a) La solución de la primera antinomia consiste en que un Estado puede renunciar en el seno de una comunidad homogénea de Estados al *ius belli* y a valerse por sí mismo, sin negar o disminuir su voluntad de autoconservación. Pues el sentido de una guerra está en que se hace en interés de la autoconservación contra un verdadero *enemigo.* El enemigo es, por razón del propio concepto, algo ajeno y extraño en el ser, el grado extremo de lo ajeno, que conduce en el caso de conflicto a la negación de la propia manera de existencia política. Por eso, sólo cabe y tiene sentido una renuncia permanente y definitiva a la guerra frente a aquellos Estados con los cuales se encuentra permanente y definitivamente excluida la posi-

bilidad de la enemistad. Pero esto no depende sin más de la buena voluntad de los hombres. La mayor voluntad es impotente frente a la realidad concreta de pueblos de diversa estructura y de intereses y convicciones en colisión, cuyas singularidades efectivas encuentran en el Estado su forma política. Sólo cuando se da una homogeneidad sustancial, un parentesco efectivo, como, por ejemplo, en Estados de población nacional homogénea y orientada en el mismo sentido, es razonablemente posible considerar excluida de modo permanente a despecho de eventualidades, una enemistad. Sólo en un caso tal puede renunciarse permanentemente al *jus belli,* sin que eso implique renuncia a la independencia estatal y al derecho a la garantía y seguridad de la propia existencia política. Cuando cada Estado-miembro renuncia al *ius belli* también frente los no miembros, y se atribuye este derecho con exclusividad a la Federación, se da por supuesto con ello que ningún Estado-miembro puede tener un enemigo que no sea al mismo tiempo enemigo de todos los otros Estados-miembros y de la Federación entera, ni la Federación puede tener un enemigo que al mismo tiempo no lo sea también de cada Estado-miembro.

b) La solución de la antinomia consiste en que la voluntad de autodeterminación, propia de toda existencia política, sólo puede ser negada o puesta en peligro mediante una efectiva injerencia *extraña.* Las intervenciones de la Federación en los asuntos de sus miembros no son una injerencia extraña, resultando posibles y soportables desde los puntos de vista político y jurídico, porque la Federación se basa en una homogeneidad sustancial de los miembros. Por eso, para un Estado monárquico del Imperio alemán de 1871, por ejemplo, no significaba una minoración, sino una garantía de su Poder constituyente, el que no pudiera ser transformado en una República democrática.

c) La solución de la tercera antinomia consiste en que, dada la homogeneidad sustancial de los miembros federales, se encuentra excluido el caso de conflicto existencial decisivo. No falta tampoco la soberanía en una Federación. Pero como las cuestiones de la existencia política pueden presentarse en campos diversos, se da así la posibilidad de que la decisión de una clase de cuestiones tales, por ejemplo, de la existencia política exterior, competa a la Federación, y, por el contrario, la decisión de otras, por ejemplo, mantenimiento de la seguridad y orden público dentro de un Estado-miembro, quede reservada al propio Estado-miembro. No se trata de una división de la soberanía; es una consecuencia de la doble existencia de la Federación y los Estados-miembros. No se trata de una división, porque el caso de conflicto que suscita la cuestión de la soberanía afecta a la existencia política como tal, y la decisión en el caso particular compete *por entero* a la una o al otro. La simple alternativa propia de la soberanía, que no consiente ninguna división por materias, ninguna delimitación y bisección, queda así salvada, y los autores que precisamente en este problema acentúan, como Max von Seydel, la indivisibilidad de la soberanía, tenían completa razón. Pero, a consecuencia de aquella homogeneidad sustancial, no puede producirse el caso decisivo de conflicto *entre Federación y Es-*

tados-miembros, de manera que haya de actuar como soberana ni la Federación frente al Estado-miembro, ni éste frente a la Federación. La existencia de la Federación se basa por completo en el hecho de que ese caso de conflicto se encuentra prácticamente excluido. Pero claro está que esta realidad no puede producirse mediante estipulaciones, deseos y juramentos; sería algo vacío e ilusorio, si no un engaño, en tanto que faltase la homogeneidad y parentesco efectivos. Pero allí donde la homogeneidad existe, la Federación es jurídica y políticamente posible, y la homogeneidad sustancial corresponde como supuesto esencial a cada uno de los postulados constitucionales. Allí donde falta, la estipulación de una «Federación» es un seudonegocio nulo y equívoco.

§ 30

CONSECUENCIAS DE LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA TEORIA CONSTITUCIONAL DE LA FEDERACION

I. Toda Federación tiene, como tal, una existencia política con un *ius belli* independiente. En cambio, la Federación no tiene un Poder constituyente propio, sino que se apoya en el pacto. Cualquier especie de competencia para revisar los postulados de la Federación no es, por eso, Poder constituyente (v. abajo, IV, 4, a).

II. Toda Federación, como tal, es sujeto, tanto de Derecho internacional como de Derecho político.

1. Toda Federación tiene ya en sí la peculiaridad del sujeto independiente de *Derecho internacional,* porque toma sobre sí necesariamente un *ius belli,* y los Estados-miembros renuncian en todo o en parte a su *ius belli* en favor de la Federación. Esta renuncia no se hace en el vacío, sino a favor de la Federación.

El saber qué consecuencias hayan de desprenderse de esa capacidad jurídico-internacional de la Federación, es un problema de organización.

Puede ocurrir que la Federación tenga un *derecho de legación* independiente, como la Confederación germánica de 1815, que podía, como tal, declarar el *reconocimiento* jurídico internacional de gobiernos extranjeros (p. ej., el acuerdo de la Confederación germánica de 23 de septiembre de 1830 sobre el reconocimiento de la subida al trono del rey Luis Felipe, o de 4 de octubre de 1832, sobre el reconocimiento del príncipe Otto de Baviera como rey de Grecia). También se acepta, por lo que se refiere al Imperio británico, que es imposible un reconocimiento separado e independiente de gobiernos extranjeros por los Estados-miembros; comp. sobre el reconocimiento del gobierno soviético ruso por el gobierno inglés y la validez de ese reconocimiento para todos los Dominios, Heck, *Der Aufbau des britischen Reiches,* 1927, pág. 35. Acerca de que una *declaración de guerra* de la Gran Bretaña o a la Gran Bretaña pone en

situación de guerra a todo el territorio del Imperio, B. Mückenberger, *Die britische Reichskonferenz und das Verfassungsproblem,* Leipzig, 1927, págs. 73 y 94.

Si la *Liga de Naciones de Ginebra* fuera una auténtica Federación, tendría como tal un *ius belli.* También aquí se comprueba que la cuestión de las características de la Federación *(Bund)* es el problema primordial de la Liga *(Bund)* de Naciones. Sin un esclarecimiento de ese problema federal, todas las discusiones, en cuanto afectan a los puntos esenciales, se mueven en un círculo vicioso. Característica es, a este respecto, la frase del comentario a la normación de la Liga de Naciones, de Schücking y Wehberg 2.ª ed., 1924, pág. 118: «Como sujeto jurídico de Derecho internacional, la Liga tiene también sin duda (así) el derecho de declarar la guerra y hacer la paz.» La realidad es a la inversa: si la Liga de Naciones de Ginebra tiene un *ius belli,* entonces es plenamente sujeto de Derecho internacional; y sólo puede tener un *ius belli,* si es una Federación auténtica.

2. Como sujeto de *Derecho político,* la Federación existe, porque es titular, frente a los Estados-miembros, de facultades jurídico-políticas propias, y las relaciones entre Federación y Estados-miembros tienen carácter de Derecho político. El *status* de cada uno de los Estados-miembros se encuentra cualificado de modo especial, no sólo hacia el exterior, por la condición de miembro y, por lo tanto, la pertenencia a la Federación tiene consecuencias inmediatas de Derecho político. No hay ninguna Federación que consista tan sólo en una relación externa de carácter internacional de los miembros. Basta con dos de aquellas instituciones esenciales a toda Federación para demostrar su condición de sujeto de Derecho político: la ejecución federal y la intervención federal.

a) En la *ejecución federal,* que compete necesariamente a la Federación como tal, se enfrenta ésta con el Estado-miembro contra el cual se aplica, como instancia de Derecho político, dirigiendo mandatos directos a las autoridades del Estado-miembro, aun cuando para lo demás se trate de privar cuidadosamente a la organización federal de un derecho de mandato directo. Pertenece a la esencia de la Federación el que la ejecución federal sea un acto de Derecho político y no de Derecho internacional, pues si no, la ejecución sería una guerra, y la guerra contradice la esencia de la Federación y disuelve ésta. El concepto de ejecución federal exige, pues, una relación de Derecho político.

b) El *derecho de intervención* de la Federación conduce igualmente a tales fenómenos y actuaciones inmediatas de Derecho político. Incluso cuando la intervención va dirigida tan sólo al Estado como un todo, afecta inmediatamente a asuntos interiores y carece dentro de la Federación de un carácter internacional. Cuando se suscitó en la Federación de los Estados Unidos de América el tema de la abolición de la esclavitud, no podían los Estados del Sur, si es que había de seguir existiendo en realidad la Federación, negarse a la discusión de ese problema por tratarse simplemente de asuntos internos del Estado, «domésticos», «*domestic affairs*». Podían hacer valer —cuestión aparte es la de averiguar si con razón o sin ella— su derecho a la secesión, y declarar nulo el pacto federal, como, en efecto, lo intentaron; pero, mientras la Federación subsistiera, no podían recusar una

injerencia de la Federación, a la manera como recusa un Estado, según los postulados fundamentales del Derecho internacional, la intervención de otro extraño. Desde el punto de vista de Derecho internacional se encuentran los Estados independientes, unos frente a otros, al menos todavía hoy, como formaciones cerradas hacia fuera, impenetrables, impermeables, o (según la expresión americana, algo trivial) «estancados». Dentro de una Federación no puede haber esa cerrada impermeabilidad.

3. El carácter jurídico-político de toda Federación lleva a la consecuencia de que siempre que la Federación se enfrenta, en uso de sus facultades, con un Estado-miembro, aun cuando sea para un campo rigurosamente delimitado, el *Derecho federal tiene la precedencia respecto del Derecho local*. Si prescindimos de que el Reich alemán no es ya una Federación (pág. 368) y de que el artículo 13 recibe su significado especial en el complejo de la Constitución de Weimar mediante el párrafo 2 (decisión de las diferencias de criterio), la prescripción del art. 13, C. a., párrafo 1, «El Derecho del Reich prevalece sobre el de los Países», enuncia una cosa evidente en el Derecho político de la Federación. La notable expresión del artículo 13 se explica por la Historia del Derecho alemán: se ha traspasado un proverbio jurídico, donde se formulaba la relación del Derecho local y territorial con el Derecho común, a la relación jurídico-política, tan diferente en su estructura, de la Federación y los miembros, empleando un giro proverbial para dar expresión a una cosa completamente distinta: que las leyes vigentes de la Federación han de ser aplicadas y observadas como leyes dentro del Estado-miembro por las autoridades y súbditos de éste, sin que precise un acto especial de transformación, tan pronto como entran en vigor según el Derecho federal. La significación federal del postulado estriba en que contesta a la cuestión de si las leyes federales son promulgadas con efecto inmediato para todas las autoridades y súbditos del Estado particular, o requieren la formalidad de una transformación especial. Según el artículo 13, C. a., ésta no es necesaria. Pero si fuera exigible, naturalmente existiría, a pesar de ello —supuesta la regular promulgación de las leyes—, la obligación constitucional de verificarla en cada caso. Esta transformación interna es, por su naturaleza jurídica, cosa distinta de la que tiene lugar por razón de un tratado internacional, en cumplimiento de una obligación internacional, cambiando una obligación internacional en los actos jurídico-políticos necesarios para su ejecución interna. La transformación dentro de la Federación es tan sólo una de las distintas maneras y casos de transformaciones a los fines de la ejecución. También pueden tener lugar, dentro de un *Estado,* traspasos a corporaciones autónomas, por ejemplo, a una sociedad religiosa, y ser exigible para las relaciones internas del servicio alguna transformación dentro de la corporación a que se ha hecho el traspaso. De las necesidades técnicas de todo gran aparato administrativo puede deducirse la forzosidad de transformaciones cuando no tiene lugar por razones orgánicas un traspaso inmediato a los últimos funcionarios de ejecución, sino que va por las vías del servicio, a través de los jefes. Con frecuencia, la situación jurídico-política es tal que no se puede transferir, sino

sólo exigir una transferencia; no derogar, sino sólo exigir una derogación; por ejemplo, las medidas del estado de excepción adoptadas por el Presidente del Reich quedan fuera de vigor según el artículo 48, 3, 2, cuando lo exige el Reichstag; la disposición del Presidente que, ante un tal requerimiento, las pone fuera de vigor, es una transformación. La transformación internacional es verdadera transformación sólo cuando contiene un cambio cualitativo de la naturaleza jurídica: una obligación internacional de Estado a Estado es motivo para que el Estado obligado realice actuaciones político-internas, funde obligaciones político-internas, etc. Aquí sólo puede hablarse de «transformación» en forma poco rigurosa, porque falta identidad y continuidad entre la obligación internacional y la ejecución interna. La «transformación» no convierte la obligación internacional en relaciones de Derecho interno; establece una nueva base, interpone —según expuso H. Triepel en su obra fundamental sobre *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899— una nueva fuente jurídica de donde surge sin continuidad jurídica algo cualitativamente nuevo y distinto.

Las «transformaciones» dentro de la Federación se desprenden, por el contrario, de un deber constitucional del Estado-miembro y, por lo tanto, inmediatamente de su *status jurídico-político*. Además, no afectan a las relaciones de Estados colocados unos frente a otros en impermeabilidad exclusivista, sino que están más que «ligados» *(verbündet)*, «confederados» *(verbunden)*. Por lo tanto, no significan para las relaciones jurídicas «transformadas» ninguna novedad cualitativa, ni ruptura de la identidad. El mandato emitido en cumplimiento de un deber federal, que va de los órganos centrales del Estado-miembro a las autoridades inferiores, o a los súbditos de dicho Estado, es el mismo mandato que va de la Federación a los órganos centrales competentes del Estado-miembro. No hay aquí diferencia cualitativa, sino continuidad común.

III. Toda Federación tiene un *territorio federal*. Existe siempre una delimitación territorial de la Federación, como tal, frente a otras unidades políticas territorialmente delimitadas. El territorio federal se compone de los territorios de los Estados-miembros. También puede haber un territorio dominado por la Federación como tal (por ejemplo, colonia federal). Esta última especie de territorio es, sin embargo, «federal» en sentido muy distinto que el territorio de los Estados-miembros de la Federación. Sólo en el sentido de territorio de los Estados-miembros corresponde necesariamente a la Federación un territorio federal, mientras que el territorio federal en el sentido de dominado por la Federación (País federal, Reichsland, colonia federal), no corresponde necesariamente a ella. Cuando varios Estados poseen un territorio en común no hay ya por eso una Federación, ni el territorio poseído ha de ser un «territorio federal». En tal caso, todo condominio fundaría una Federación, lo que, sin duda, no acontece.

Los territorios de Generalidad de los Países Bajos unidos, hasta su reunión en un Estado (1579-1795), además de los territorios dominados por la Confederación de Es-

tados americanos, 1778-1787, hasta la fundación de la Unión, son ejemplo de territorios federales en el segundo sentido de la palabra, aquí desarrollado. El País imperial Alsacia-Lorena, en el marco del Imperio alemán 1871-1918, no es un ejemplo de territorio dominado pura y simplemente por la Federación; pertenecía al territorio federal en el sentido propio de la palabra, como también su población tenía la ciudadanía dentro de la Federación. Esa forma de Reichsland significaba, pues, una forma intermedia poco clara.

La *Liga de Naciones de Ginebra* no es una Federación. Los territorios de los Estados-miembros no son territorios de la Liga de Naciones en el sentido de la soberanía territorial o poder federal. Pero la Liga de Naciones de Ginebra no domina tampoco ningún territorio federal en el segundo sentido de la palabra. El *territorio del Sarre* se encuentra sometido, según el tratado de Versalles, hasta la determinación definitiva de su destino político, a una regulación provisional en la que se ponen en juego actuaciones de conferencias e instituciones interestatales, como el Consejo de la Liga de Naciones. Esto no es una soberanía de la Liga de Naciones, y así como la población del territorio del Sarre no pertenece en calidad de súbditos a dicha Liga, el territorio tampoco es territorio de la Liga de Naciones. Los *territorios en mandato* (según el artículo 22 de la regulación de la Liga de Naciones) no son dominados por la Liga de Naciones como tal; son, en parte, protectorados y, en parte, colonias bajo el dominio de los Estados mandatarios (arriba, § 7). En modo alguno puede decirse que la Liga de Naciones es «soberana». No se trata de una Federación, sino de una relación interestatal, y por eso no puede ser tampoco sujeto y portador de una soberanía, aun cuando se traspasen toda una serie de funciones y facultades interestatales a las instituciones y conferencias de una organización interestatal. H. Wehberg intentó considerar los territorios de mandato como territorios en que se ejerce una soberanía territorial de la Liga de Naciones, para construir de esta manera un territorio federal y, con él, un concepto fundamental de existencia política (*Besitzt der Völkerbund ein eigenes Territorium?*, en la revista *Völkerbundsfragen*, de 1.° de junio de 1926, págs. 92-94). Muestra con los ejemplos citados que una Confederación de Estados posee «en mano común», y quiere construir los territorios de mandato por analogía con aquellos «territorios de Generalidad». El círculo en que se mueven estas ideas es manifiesto: si la Liga de Naciones fuera una auténtica Federación podría dominar naturalmente, en cuanto tal, territorios (con lo que, por lo demás, no se observa la distinción antes citada de las diversas clases de «territorio federal»); pero la cuestión es precisamente la de saber si la Liga de Naciones de Ginebra es una Federación. Si no lo es, no cabe construir como soberanía territorial de la Federación el control (en sí mismo también muy problemático) de la Liga de Naciones sobre el dominio de los Estados mandatarios en los territorios sometidos a mandato. Se ve, pues, que la cuestión de las características de la Federación auténtica aparece aquí también como problema cardinal de la Liga de Naciones de Ginebra.

IV. *Representación federal, instituciones y autoridades federales, competencia federal.*

1. La Federación, como unidad política, necesita ser representada. Representante de la Federación es, por razón natural, la Asamblea federal como Asamblea de representantes de las unidades políticas que forman la Federación. Cuando un colegio reducido tiene la representación, ello significa ya un tránsito hacia el Estado unitario.

La organización de las autoridades federales y de las competencias se corresponde, en general, con un simple esquema: Asamblea plena de todos los Estados-miembros; además, un colegio reducido (director o, acaso, representante) como «Consejo» o «Comisión», y una oficina para la preparación técnico-administrativa y ejecución de los acuerdos federales.

La voluntad de la Federación es, en tanto la Federación subsista, y sin más, es decir, sin transformación en el sentido propio de la palabra, voluntad de cada uno de los Estados-miembros. Incluso cuando las resoluciones federales se producen por acuerdo unánime de todos los miembros —y no sólo de todos los presentes a la votación—, sin que ninguno resulte derrotado, existe entre una resolución federal y el acuerdo unánime de una conferencia internacional una esencial diferencia, por cuanto que la resolución federal no requiere ninguna especial ratificación por los diversos Estados, antes bien, cada uno de ellos queda constitucionalmente (porque la Constitución federal es un elemento de su propia Constitución) ligado por la resolución federal de modo inmediato y para el Derecho político.

Las resoluciones de la Liga ginebrina de Naciones adoptadas con arreglo a sus estatutos, valen inmediatamente y sin ratificación especial para todos los Estados-miembros. Con esto, la Liga de Naciones contiene un elemento de auténtica organización federal, mientras que en lo demás no es una auténtica federación; de esto surge una confusión inmensa. Sobre dichas resoluciones de la Liga de Naciones de Ginebra, H. Jahrres, *Völkerbundsmitgliedschaft und Reichsvergassung,* 1926, cuyas explicaciones tienen el mérito de reconocer bien el lado jurídico-político de *toda* Federación, y D. Schindler, *Die Verbindlichkeit der Beschlüsse des Völkerbundes,* Zurich, 1927. La organización, contradictoria en sí misma, de las instituciones ginebrinas, y la necesidad de un esclarecimiento del concepto de Federación, se hace con esto aún más del momento.

2. La cuestión del poder de mando inmediato de la Federación frente a autoridades y súbditos de los Estados-miembros requiere ser diferenciada de la cuestión de la inmediata vinculación constitucional, es decir, jurídico-política, del Estado-miembro. Aquélla afecta sólo a la calidad de la transformación dentro de la Federación, siendo indiferente a este particular, como problema de la organización legal-constitucional dentro de la Federación, si existe o no una facultad directa de mando a favor de las autoridades federales frente a las autoridades del Estado-miembro. Incluso en el caso extremo de que no exista esa facultad, la transformación exigible no es una transformación del Derecho internacional en Derecho del Estado-miembro, sino un fenómeno jurídico-político operado en el seno de la Federación (comp., arriba, pág. 362).

3. La Federación tiene siempre ciertas facultades esenciales: un *ius belli* independiente hacia el exterior; inspección federal (con la posibilidad de una ejecución y de una intervención federales) hacia el interior. Las demás competencias surgen de la normación legal-constitucional de la Federación, que siempre es un elemento de la Constitución del Estado-miembro. La cuestión de si aquí la presunción habla a favor o en contra de la com-

petencia federal, o en favor o en contra de la competencia de los Estados, pertenece, en todo caso, a la normación de la Constitución federal, y es una cuestión de organización de cada Federación particular en concreto.

Suele presentarse como un principio general del Derecho constitucional de la Federación el de que ésta tenga tan sólo las competencias que expresamente se le atribuyan, mientras que todas las otras competencias permanecen en los Estados-miembros, existiendo siempre así una presunción a favor de estos últimos (comp. H. Kelsen, *Komm. z. österr. Bundesverfassung,* art. 15, 1, pág. 80). Esta generalización no es acertada. La «presunción de las facultades ilimitadas» tiene un doble sentido y puede cumplir diversas funciones: primero, decidir la cuestión de la soberanía (sobre esto, en 4); segundo, alcanzar un principio de interpretación para las competencias auténticas, es decir, delimitadas, *en el marco de la normación legal-constitucional.* En el último caso se trata de la normación legal-constitucional de la Constitución federal. Para este caso surge todavía la cuestión de si la expresa transferencia de competencias enumeradas ha de interpretarse en forma de limitación (por cuanto que toda enumeración comporta una delimitación, según el postulado *enumeratio ergo limitatio),* o si no pueden desenvolverse otras competencias *implícitas* a partir de las competencias transferidas (sobre esto, H. Triepel, *Die Kompetenzen des Bundesstaates und die geschriebene Verfassung,* en el homenaje a Laband, 1908, II, pág. 249, y R. Grau, *Vom Vorrang der Bundeskompetenzen im Bundesstaat,* homenaje a E. Heinitz, 1926, página 362). Cuando Triepel (ob. cit., pág. 335) dice: «que hay competencias en el Estado federal fuera de la Constitución escrita, pero nunca fuera de la Federación», esto muestra cuán necesaria es, para una Teoría general constitucional de la Federación, la distinción entre Constitución y leyes constitucionales. Naturalmente, la Constitución federal es el fundamento de todas las demás discusiones sobre la definición de facultades de la Federación y de los Estados-miembros, y no hay derechos ningunos fuera de la Constitución federal; pero es que aquí Triepel hablaba de «Constitución escrita» sólo en el sentido relativo de una *ley* constitucional. En la literatura jurídico-política alrededor de la Constitución de Bismarck es preciso conocer ese contraste a través de todas las controversias (sobre las bases y elementos contractuales de la Constitución, sobre unitarismo y federalismo). Cuando R. Smend concibe «la fidelidad al pacto y el sentimiento de amistad federal» de los Estados-miembros como postulado jurídico del Derecho federal *no escrito* (en el artículo *Ungeschriebenes Verfassungsrecht in monarchischen Bundesstaat,* homenaje a Otto Mayer, Tubinga, 1916, págs. 260 y sigs.), su argumentación coloca la Constitución antes que la Ley constitucional. Toda la controversia (comp. la exposición de Karl Bilfinger, *Der Einfluss Einzelstaaten auf die Bildung des Reichswillens,* 1923, págs. 52 y sigs.) puede ser esclarecida y despachada tan sólo mediante un certero concepto de Constitución. No se trata tanto de que la «Constitución» de Bismarck fuera «incompleta» y «con lagunas», como del reconocimiento de que en el fondo de la distinción entre «Constitución escrita y no escrita» se encuentra, en realidad, la contraposición entre Constitución (en sentido positivo) y Ley constitucional.

4. Con la expresión «*competencia de competencias*» de la Federación pueden indicarse cosas diferentes:

a) la competencia legal-constitucional para practicar reformas de la Constitución; más exactamente: para la revisión de las prescripciones legal-constitucionales. Esa competencia no es ilimitada; encuentra sus límites en la Constitución (arriba, pág. 118). Es posible que en el curso de la Histo-

ria, y mediante un aprovechamiento de las posibilidades de revisión constitucional, se extiendan de tal modo las competencias de la Federación, que los Estados-miembros se queden sin ninguna facultad digna de mención y pierdan su existencia política, pasando a ser la Federación un Estado unitario. Por contra, sería sin duda una contravención de la Constitución federal el utilizar esa competencia de competencias, es decir, competencia para las revisiones de la ley constitucional, con el fin deliberado de suprimir la independencia política de los Estados-miembros;

b) un simple *accesorio* de una competencia, a saber, la facultad general y presumible en caso dudoso de toda autoridad competente, para decidir acerca de si se dan los supuestos de su competencia. Así, un tribunal puede tener competencia de competencias en el sentido de que él mismo decide sobre si es admisible la vía jurídica, si el asunto pertenece a ese tribunal, etc. En el artículo 36, 5, de la regulación del Tribunal Permanente de Justicia internacional de La Haya, se dice, por ejemplo: «Si se discute la competencia del Tribunal Permanente internacional, él mismo es el que decide.» Semejante competencia para determinar la propia competencia puede ser, en la práctica, muy importante y significativa (como en aquel caso del Tribunal Permanente de Justicia internacional); pero está solamente al servicio de la competencia, a la que se añade como simple accesorio;

c) una facultad ilimitada para realizar *actos de soberanía* de toda especie. En esta significación concibió la palabra la doctrina alemana del Derecho político del Imperio (comp., Meyer-Anschütz, pág. 692; Haenel, *Studien,* I, pág. 111; *Staatsrecht,* págs. 771 y sigs.), confundiéndola con la competencia de revisión del art. 78, a. C. a. Pero el concepto «competencia de competencias», entendido como «soberanía», es, en sí mismo, contradictorio. Soberanía no es competencia, ni siquiera competencia de competencias. No hay ninguna competencia ilimitada si la palabra debe conservar su sentido y designar una facultad regulada de antemano por normas, circunscrita con arreglo a una figura y, por lo tanto, delimitada. La palabra «competencia de competencias», o significa una competencia auténtica, en cuyo caso no tiene nada que ver con la soberanía ni puede ser empleada como fórmula de la soberanía, o es una denominación general de un poder soberano, y entonces no se comprende por qué ha de hablarse de «competencia».

V. *Las empresas de alta traición* contra la Federación como tal han de merecer el trato de la alta traición en cada uno de los Estados-miembros. Lo mismo puede decirse de la traición contra el país, y actos análogos.

El acuerdo antes citado de la Confederación germánica de 8 de agosto de 1836, relativo a la alta traición en la Confederación germánica, es de especial claridad y consecuencia y, por eso, de significación general para la doctrina constitucional de la Federación, por encima de su ocasión histórica y finalidad política concreta. Proclama (impreso en G. von Struve, *Das öffentliche Recht des Deutschen Bundes,* I, 1856, página 247) en el art. I: «Como la finalidad de la Confederación germánica no consiste

tan sólo en el mantenimiento de la independencia e inviolabilidad de los Estados alemanes, así como de la paz y seguridad interior y exterior de Alemania, sino que también la Constitución federal ha de ser considerada, a causa de su esencial conexión con las Constituciones de los diversos Estados, como un elemento necesario de las mismas, debiendo por ello entenderse todo ataque dirigido contra la Federación o su Constitución como un ataque contra cada uno de los Estados en sí, *toda empresa enderezada contra la existencia, la integridad, la seguridad o la Constitución de la Confederación germánica* debe ser juzgada y castigada *en los diversos Estados* con arreglo a las leyes que últimamente estuvieran o que en el futuro entren en vigor y que hubieran de aplicarse a una conducta igual dirigida contra el Estado particular, como *alta traición, traición al País* u otra denominación semejante.»

VI. *Democracia y Federalismo.*

1. Tanto la Democracia como la Federación descansan en el supuesto de una homogeneidad; comp. sobre esto para la Democracia, arriba, § 17, página 225, para la Federación, § 29, pág. 368. Si se forma una Federación de Estados democráticos es consecuencia necesaria que la homogeneidad democrática confluya con la homogeneidad federal. Por eso está en el natural desarrollo de la Democracia el que la unidad homogénea del pueblo traspase las fronteras políticas de los Estados-miembros y suprima la situación de equilibrio de la coexistencia de Federación y Estados-miembros políticamente independientes, a favor de una unidad común.

Con esto se aclara el proceso de la mayor parte de los Estados federales de los siglos XIX y XX, en especial de los Estados Unidos de América y del Reich alemán. En la misma medida en que penetraba la Democracia, se reducía la independencia política de los Estados-miembros. En los Estados Unidos de América comienza ya ese proceso con el asentimiento del pueblo en los Estados particulares (por contraste con los Estados mismos) a la Constitución federal (sobre ese acontecimiento, arriba, página 102). El preámbulo de la Constitución federal *Whe the people of the United States,* produjo a Calhoun muy especiales dificultades (*Works,* I, págs. 132 y sigs.). La guerra de Secesión decidió definitivamente ese proceso. En el Reich alemán, fue la democratización de los años 1918-19 la que produjo efecto análogo al transformar los Estados-miembros de la Federación Imperio alemán en Países. Las teorías generales de Calhoun (para los Estados Unidos de América) y Max von Seydel (para el Reich alemán), desaparecen con eso, pero no porque fueran en todo falsas, consideradas desde el punto de vista de los verdaderos conceptos del Derecho federal, sino porque el desarrollo democrático y, sobre todo, la consecuencia democrática de la idea de un pueblo uno e indivisible dentro de una Federación con homogeneidad nacional, tenía que conducir hacia la unidad del Estado. En tanto que se reconoce eso, puede apreciarse sin preocupación y valorarse para la Teoría constitucional lo que queda de cierto en aquellas teorías de la Federación.

2. La vinculación de Democracia y organización federal del Estado lleva a un tipo independiente, peculiar, de organización del Estado, el *Estado federal sin fundamentos federales.* Este es, a todas luces, un concepto contradictorio. Se trata, con el carácter federal, de un elemento de la Constitución en que se toman ingredientes de una anterior organización

federal para la nueva forma del Estado. Formaciones políticas como los Estados Unidos de América o el Reich alemán de la Constitución de Weimar, no son ya una Federación. Si, a pesar de ello, han de seguir designándose como Estados federales, es por razón de su Constitución, que en virtud de una decisión positiva sobre el modo de la existencia política (art. 2, C. a.), *quiere* conservar el carácter de Estado federal.

Por medio del concepto democrático del Poder constituyente de *todo* el Pueblo se suprimen los fundamentos federales, y con ellos el carácter federal. La organización federal del Estado, que, no obstante, puede subsistir, es, pues, una parte de la organización constitucional de todo el Estado y da base a una especial clase de Estados. Suele ligarse a los principios de organización del Estado de Derecho, y sirve entonces a un sistema complicado de distinción de poderes y descentralización; la Constitución de los Estados Unidos lo ha previsto conscientemente. El *Federalista* (art. núm. 49, 1788) dice que la Constitución federal americana no es, ni por completo unitaria, ni por completo federal; la independencia de los Estados se emplea aquí para dar nuevas seguridades y garantías al principio orgánico del Estado burgués de Derecho.

3. En el Estado federal sin fundamentos federales hay tan sólo un único pueblo. El carácter estatal de los antiguos Estados-miembros queda, pues, suprimido. Pues Estado es la unidad política de un pueblo, y en un Estado cuyo modo y forma de existencia política descansa en la voluntad constituyente de todo el pueblo, no puede existir más que *una* unidad política. Decisiones políticas específicas, como la determinación de amistad y enemistad desde dentro de la propia existencia política, sólo pueden nacer del todo de la unidad política; y lo mismo, la decisión sobre otros conceptos existenciales como orden y seguridad pública. Se da, pues, sólo *una* unidad política, mientras que en toda auténtica Federación —Confederación de Estados, lo mismo que Estado federal— siguen existiendo, junto a la Federación, una pluralidad de unidades políticas. Según esto, hay que contestar negativamente a la cuestión de si hoy en el Reich alemán hay, además del pueblo alemán, un pueblo prusiano, bávaro, hamburgués, etc., en sentido político. El preámbulo de la Constitución de Weimar usa con razón el atinado giro: «El pueblo alemán, único en sus ramas *(Stämmen)*», y no habla de una unión o concordia del pueblo alemán.

La consecuencia de esa especie de organización federal de un único pueblo conduce a que los anteriores Estados dejen de ser unidades cerradas, unas frente a otras, impermeables. No sólo existe un indigenato común, a modo del art. 3, a. C. a., y el art. 110, C. a., más amplio aún, sino que será posible distinguir la población de los Estados-miembros, e incluso parte de esa población, del Estado-miembro como tal, lo que no sería admisible si el Estado-miembro tuviera todavía una propia existencia política, cosa contradictoria desde el punto de vista democrático, porque en un Estado democrático, es decir, organizado según el principio de identidad, la voluntad del Estado es igual a la de la población, sin que quepa distinguir.

4. El artículo 18 de la Constitución de Weimar regula el procedimiento para una redistribución de los Países dentro del Reich alemán. En

tanto que mediante ese artículo la voluntad de la población, sea de un País entero, sea de partes del País, recibe significación jurídico-política y es distinguida de la voluntad del País como tal, las prescripciones del artículo 18 corresponden a la consecuencia unitaria de la Democracia. Sin embargo, no puede verse en él, sencillamente, un signo del carácter unitario del actual Reich alemán, ni deducir de ahí la prueba de que ya no es posible hablar de organización federal. «A qué sector pertenece el artículo 18, si al unitario y no más bien al federal», es, como Anschütz *(Publicaciones de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho político,* t. I, 1925, página 19) dice con razón, muy cuestionable todavía en la realidad. Pues había precisamente puntos de vista y tendencias federalistas que condujeron a las prescripciones hoy vigentes y hacia su contexto. El artículo tenía que dar facilidades para disolver Prusia, que parecía demasiado *grande* a causa de su volumen desproporcionado predominante, y, de otra parte, suprimir los Países enanos y jirones de territorio sin aptitud vital, porque son demasiado *pequeños.* Con esto, había de llegarse a la formación de Países viables, aproximadamente iguales. Esa regulación correspondía al pensamiento de un llamado federalismo auténtico (o, mejor, federalismo de equilibrio —K. Frantz—), en contraste con el federalismo «hegemónico», tratado y defendido por K. Bilfinger *(Publicaciones de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho político,* antes citadas, pág. 55). Prescindiendo de las diversas posibilidades de la aplicación práctica del artículo 18, que podrían llevar a resultados inesperados, hay que fijar fundamentalmente como contenido legal-constitucional de esa prescripción lo siguiente:

a) El art. 18, C. a., regula el procedimiento de la transformación de los Países alemanes y formación de otros nuevos, dando al Reich amplias posibilidades de disponer, pero *no* la facultad de suprimir los *Países* y transformar el Reich alemán, sea con ayuda del artículo 18, sea siguiendo el artículo 76, en un Estado unitario.

b) La cuestión de si un *cierto País* puede ser suprimido contra su voluntad por una ley de reforma de la Constitución (es decir, en vías del artículo 76, C. a.), debe ser contestada afirmativamente, pero sólo bajo el supuesto de que la supresión sirva a la redistribución territorial de los Países y no a una supresión unitaria de la organización federal. En la ley sobre el poder provisional del Reich de 10 de febrero de 1919, decía el § 4 que la situación territorial de las Repúblicas (de los Países) sólo podría cambiarse con su asentimiento. Esa prescripción carece ya hoy de significado, no sólo porque aquella ley ha sido abolida sin reserva por el art. 178, C. a., sino también, y sobre todo, porque en realidad significaba no más que una especie de reglamento que se dio a sí misma la Asamblea nacional constituyente, y en el cual no podía fundarse una garantía legal-constitucional de un *status quo* territorial. La Constitución de Weimar no contiene ni una garantía del *status quo* territorial de los Países, tal como se encontraban en el año 1919, ni una garantía de la existencia de cada uno de los Países que en 1919 había. Un País puede ser añadido a otro o dividido, sea por razón de la voluntad de la población (caso de que pudiera darse en un País

democrático una diferencia entre «voluntad de la población» y «voluntad del País»), sea por ley de reforma de la Constitución en vías del art. 76, C. a.

c) Por el contrario, sería inconstitucional el utilizar el art. 18, C. a., que sirve a una redistribución nacional, y con ella al interés del mantenimiento de los Países, para suprimir el elemento federal de la Constitución de Weimar. Para una tal transformación del actual Reich alemán en un Estado unitario hace falta un acto del Poder constituyente del pueblo alemán.

EPILOGO

Manuel García-Pelayo

El nombre y algunas de las obras menores de Carl Schmitt eran conocidos en ciertos círculos restringidos de Italia y Francia en la época anterior a la II Guerra Mundial. Pero ha sido, sin duda, en España donde la obra de Carl Schmitt ha tenido no sólo la primera, sino también la más extensa acogida y difusión. A esta actitud receptiva del público académico español ha correspondido el ilustre y agudo profesor alemán con un interés por el pensamiento jurídico de nuestra patria excepcional para un profesor extranjero no especialista en temas hispánicos.

* * *

Es imposible ni siquiera plantearse aquí la posición y significación de Carl Schmitt dentro de aquel florecimiento del pensamiento jurídico-político que tuvo lugar en el período crítico de la época de la Constitución de Weimar y al que van asociados nombres de juristas de primer orden, algunas de cuyas construcciones, ideas y conceptos no sólo han trascendido al tiempo en que fueron formulados, sino que han pasado a ser factores configuradores del Derecho Constitucional de nuestro tiempo, fundamentado, por cierto, sobre supuestos políticos muy distintos de los de la época que transcurrió entre las dos guerras mundiales, lo que muestra, una vez más, que una respuesta puede tener validez más allá de las circunstancias concretas que la motivaron. Baste pensar, entre otros ejemplos posibles, en algunos conceptos claves de Kelsen, como la estructura jerarquizada del orden jurídico y la jurisdicción constitucional concentrada y especializada; en la idea y concepto del «Estado de partidos» formulada, entre otros, por Thoma, Radbruch y Koellreuter; en la doctrina de la integración de Smend

como un concepto clave de la Teoría del Estado y del Derecho constitucional; en las aportaciones de Hermann Heller, entre las que nos limitamos a destacar para nuestro objeto la idea del Estado social de Derecho hoy incorporada a la *Grundgesetz* y a la Constitución española. Y *last, but not least* en la formulación —por vez primera, que yo sepa— de una Teoría de la Constitución como disciplina autónoma, en la teoría de la garantía institucional, en la precisión en la doctrina de la representación, etc., debidas al propio Carl Schmitt. Se trata, como antes decimos, de ideas, formulaciones y conceptos que hoy forman parte, de uno u otro modo, de la praxis y de la teoría del patrimonio constitucional común a los pueblos occidentales europeos.

Dentro del marco de la ciencia jurídica alemana al que acabamos de aludir, cabe percibir en el pensamiento de Carl Schmitt una sólida formación sociológica subyacente a su pensamiento, en la que son perceptibles, a mi juicio, las huellas de Marx y de Max Weber, lo que quizá sea uno de los motivos que dan a sus escritos un sentido de la realidad efectiva de las cosas no siempre presente en sus contemporáneos. Por otra parte, su extensa y profunda cultura histórica le permiten percibir esos momentos epocales donde comienza algo nuevo, sea un orden, una institución o una perspectiva. Sus conocimientos de la historia de las ideas jurídicas y políticas, interpretadas desde y para el presente, le permiten encontrar puntos claves para la interpretación de los grandes conceptos políticos o, a veces, para mostrar el *décalage* entre el sentido originario de un concepto y su sentido en el presente o, eventualmente, su cambio de funcionalidad.

Pero, sobre estos supuestos ambientales e intelectuales, el pensamiento y, hasta diría, las actitudes profundas de Carl Schmitt están vinculados a dos personalidades señeras de su época: Heidegger y Ernst Jünger. Carl Schmitt mantiene en efecto una perspectiva existencialista a veces radicalmente expresada, que se manifiesta tanto en las alusiones a sus principios ontológicos y metodológicos como en las formulaciones generales de ciertos temas —por ejemplo, el concepto de lo político, o el de soberanía, o el del caso excepcional, o el de Constitución— o en el análisis de situaciones o acontecimientos específicos de la situación alemana de su tiempo. Ernst Jünger fue uno de los más señeros escritores alemanes de nuestro tiempo que, sin embargo, hasta los últimos años apenas ha tenido resonancia fuera de Alemania. Para los interesados en teoría política no está de más recordar que, poco después de terminada la I Guerra Mundial, publicó un agudo folleto *(Die totale Mobilmachtung)* en el que mostraba: 1) que en virtud de la irrupción de las masas y de la técnica, la guerra se había transformado de un debate militar en un gigantesco proceso de producción que exigía la movilización de la totalidad de las fuerzas de un país bajo la coordinación y dirección del Estado; 2) que consecuentemente la Guerra Mundial tenía una significación análoga a la de la Revolución francesa, en el sentido de que si ésta había inaugurado la época del tercer estado, de la burguesía, aquélla inauguraba la época del cuarto estado, es decir, *der Arbeiter*; 3) que el Estado total es la prolongación en tiempos de paz de la estruc-

tura del Estado en tiempo de guerra. Jünger es, así, probablemente el primer definidor del Estado total, bien que entendiendo el Estado en su sentido tradicional muy distinto del Estado totalitario ocupado por un partido de masas emocionalmente impulsado y en el que un psicópata puede desarrollar las más fantásticas y criminales ocurrencias, tema sobre el cual el mismo Jünger escribió una fuerte crítica a través de una novela clave. Quizá me he entretenido más de la cuenta en exponer estas ideas de Jünger en unas líneas destinadas a mostrar la ubicación de Carl Schmitt en su tiempo, y en este sentido baste decir que, a mi juicio, Heidegger, Jünger y C. Schmitt dan respuesta a distintos sectores de la realidad desde unas perspectivas semejantes; en los tres se hace patente, de un modo o de otro, el sentido trágico de la historia de su tiempo, y los tres fueron espíritus libres aunque sin olvidar la máxima *non possum scribire in eum, qui potest proscribire.*

* * *

Es hora ya de decir unas palabras sobre la *Teoría de la Constitución,* pero antes se me permitirá todavía referirme a un aspecto fundamental de las ideas de Carl Schmitt, a saber, su constante afirmación de la autonomía de la política frente a la tendencia dominante en las teorías contemporáneas que tienden a considerarla como una realidad subordinada o, por así decirlo, como una realidad de segunda mano.

Esa enérgica y reiterada afirmación de la autonomía de la política —que lleva entre otras conclusiones a negar sentido a una jurisdicción constitucional— y que no radica en un contenido determinado, pues cualquier materia puede ser objeto de politización, sino en una tensa relación existencial dominada por su propia dialéctica; esta autonomía de la política, decimos, es quizá lo que ha promovido el fuerte interés y estimación que algunos jóvenes profesores comunistas italianos han tenido por la obra de Carl Schmitt, tangencialmente coincidente en este punto con una tradición italiana mantenida —aunque con perspectivas distintas— desde el paganizante Maquiavelo y el sacristanesco Botero hasta el marxista Gramsci.

La *Teoría de la Constitución* fue publicada por primera vez en Alemania en 1928 y traducida al español por Francisco Ayala en 1934. Esa primera edición española va, al igual que la presente, precedida de un prólogo del traductor que suscribo en la mayoría de sus afirmaciones y que me releva de extenderme sobre el tema. Sólo diré que este libro de Carl Schmitt fue escrito hace más de medio siglo; de medio siglo por cierto cargado de acelerado dinamismo, de planteamientos de nuevos problemas, de constantes innovaciones seguidas —para emplear un barbarismo económico— de una alta cuota de obsolescencia, y de cambios si no siempre en los valores, sí en su jerarquía y sistematización. No se le puede pedir que trate de todos los temas que en el tiempo presente se le plantean a una teoría constitucional, pero, si bien es verdad que el constitucionalismo de nuestro tiempo ha acrecido el ámbito y complejidad jurídica de sus problemas, no es menos cierto que su tronco y sus raíces continúan siendo los mis-

mos y, en este sentido, estimamos que el presente libro de Carl Schmitt no es solamente una obra representativa de una etapa histórica —lo cual ya sería bastante—, sino que, además de ello, abre amplios horizontes a quienes quieran profundizar en el estudio del Derecho constitucional, no entendido en su pura significación funcional o como un conjunto de frías y elementales «técnicas», sino comprendido como una realidad viva, resultado tanto en sus ideas como en su práctica de un rico decurso histórico, al tiempo que decisión normativamente expresada y articulada sobre la modalidad de la existencia política de un pueblo.

Aparte de estas consideraciones generales, la obra que epilogan estas líneas es, como antes hemos dicho, la primera teoría de la Constitución como una rama autónoma tanto del Derecho político como de la teoría del Estado y consecuentemente —ya que autonomía no es independencia— en interacción con ambas. Es difícil formular en las presentes líneas una valoración de las partes integrantes de este libro, de un lado, en razón de que una obra constituye una totalidad en la que cada una de sus partes se apoyan entre sí y están, por tanto, en un condicionamiento recíproco y, de otro, porque dicha valoración implicaría una apreciación subjetiva difícil de justificar en pocas líneas. Me limitaré a mencionar algunos de los temas que, a mi juicio, merecen ser destacados. En primer lugar, la distinción entre Constitución propiamente dicha y leyes constitucionales, distinción que gira en torno a la posición central que la decisión ha tenido constantemente en el pensamiento de Carl Schmitt desde que, en 1912, publica su libro *Gesetz und Urteil.* No es cuestión de hacer aquí unas reflexiones críticas sobre el decisionismo, ni sobre la distinción tajante entre Constitución y leyes o normas constitucionales. Diré solamente que, aun partiendo del supuesto de que todos los preceptos incluidos en el texto constitucional son proposiciones igualmente vinculatorias, hoy no parece dudarse de que no todas son de la misma especie, rango, efectividad o capacidad engendradora o acuñadora de otras normas. Creo también que conserva un valor de primer orden la consideración de Carl Schmitt en torno a la dialéctica del Estado burgués de Derecho, así como del concepto de representación, tema también recurrente en el pensamiento de Carl Schmitt, al menos desde que en 1923 publica su poco conocida obra *Römischer Katholizismus und politische Form.* Y, en fin, a Carl Schmitt se le debe el descubrimiento de una categoría jurídica de primera importancia teórica y práctica, a saber, la «garantía institucional», formulada por primera vez (hasta donde sé) en la *Teoría de la Constitución,* pero desarrollada después en un escrito de 1931 *(Frreitheitsrechte und Institutionelle Garantien der Reichsverfassunssung).* Este concepto, proseguido más tarde por otros autores, ha pasado a formar parte integrante no sólo de la teoría, sino también de la práctica constitucional del presente, como lo muestra su reiterada acogida por la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania y por la del Tribunal Constitucional español.

* * *

No soy aficionado a escribir sobre mí mismo, pero haré una excepción. Carl Schmitt publicó en una ocasión una colección de algunos de sus trabajos bajo el muy schmittiano título de *Positionem und Begriffe*. Yo he mantenido posiciones distintas a las de Carl Schmitt, pero he recepcionado muchos de sus conceptos. Apenas hay que decir que se trata de un frecuente fenómeno: hubo hegelianos de izquierda y de derecha, y ha habido ejércitos en pugna uno y otro inspirados, en mayor o menor medida, en Clausewitz. Finalmente, quiero cerrar estas líneas con un recuerdo personal. En el verano de 1936 yo estaba en Berlín, y, antes de mi regreso a España, en aquella trágica circunstancia, fui invitado a cenar por Carl Schmitt, en su acogedora casa de Dahlen. Al despedirnos, el Profesor me invitó a bajar a su biblioteca, de la que tomó un libro sobre Scharnhorst, en una de cuyas primeras páginas escribió este aforismo de Jünger: «Nadie muere antes de cumplir su misión, pero hay quien la sobrevive.» Me es muy grato que, pasados cuarenta y ocho años, pueda yo rememorar en estas páginas el gesto de Carl Schmitt en aquella noche de agosto.

Manuel GARCÍA-PELAYO Y ALONSO

ALIANZA UNIVERSIDAD TEXTOS

Volúmenes publicados

3 Alfonso de Cossío: **Instituciones de Derecho civil. 1. Parte general. Derecho de Obligaciones**

4 Alfonso de Cossío: **Instituciones de Derecho civil. 2. Derechos Reales. Derecho de Familia y Sucesiones**

8 Antonio Truyol y Serra: **Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, I. De los orígenes a la Baja Edad Media.**

9 Miguel Artola: **Textos fundamentales para la historia**

10 Enrique Ballestero: **Principios de economía de la empresa**

11 Alfredo Deaño: **Introducción a la lógica formal**

14 Carlos Castilla del Pino: **Introducción a la psiquiatría. 1. Problemas generales. Psico(pato)-logía.**

15 Carlos Castilla del Pino: **Introducción a la psiquiatría, 2**

16 Enrique Ballestero: **Teoría y estructura de la nueva contabilidad**

17 Julián Marías: **Introducción a la filosofía**

18 Manuel Medina Ortega: **Las organizaciones internacionales**

19 José Luis L. Aranguren: **Etica**

20 Michael Akehurst: **Introducción al Derecho Internacional**

21 Robert F. Schmidt: **Fundamentos de Neurofisiología**

24 Víctor Miguel Pérez Díaz: **Introducción a la Sociología.**

28 Miguel Cruz Hernández: **Historia del pensamiento en el mundo islámico. 1. Desde los orígenes hasta el siglo XII**

29 Miguel Cruz Hernández: **Historia del pensamiento en el mundo islámico. 2. Desde el Islam** andalusí **hasta el socialismo árabe**

30 Marx W. Wartofsky: **Introducción a la Filosofía de la Ciencia**

31 Clyde H. Coombs, Robyn M. Dawea, Amos Tversky: **Introducción a la Psicología Matemática**

32 **La concepción analítica de la Filosofía.** Compilación y prólogo de Javier Muguerza

33 John Passmore: **100 años de Filosofía**

34 Grahame Clark: **La Prehistoria**

35 Alfredo Fierro: **Lecturas sobre personalidad**

37 Marvin Harris: **Introducción a la antropología general**

38 C. Ulises Moulines: **Exploraciones metacientíficas**

39 Fernando de Terán: **Planeamiento urbano en la España contemporánea (19001980)**

40 Antonio Truyol y Serra: **Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. II. Del Renacimiento a Kant**

41 **Fundamentos del desarrollo del lenguaje.** Compilación de Eric H Lenneberg y Elizabeth Lenneberg

42 Miguel Artola: **La Hacienda del Antiguo Régimen**

45 *Josefina Gómez Mendoza, Julio Muñoz Jiménez y Nicolás Ortega Cantero:* **El pensamiento geográfico**

46 G. Radnitzky, G. Anderson, P. Feyerabend, A. Grünbau, et al.: **Progreso y racionalidad en la ciencia**

47 **La economía española al final del Antiguo Régimen. I. Agricultura.** Edición e introducción de Gonzalo Anes

48 **La economía española al final del Antiguo Régimen. II. Manufacturas.** Edición e introducción de Pedro Tedde

49 **La economía española al final del Antiguo Regimen. III. Comercio y colonias.** Edición e introducción de Josep Fontana

50 **La economía española al final del Antiguo Régimen. IV. Instituciones**. Edición e introducción de Miguel Artola

51 *Rom Harré:* ***El ser social***

52 Salustiano del Campo: **La evolución de la familia española en el siglo XX**

53 Luis G. de Valdeavellano: **Curso de Historia de las Instituciones españolas**

54 Milton Friedman: **Teoría de los precios**

55 John Hospers: **Introducción al análisis filosófico**

56 Richard B. Brandt: **Teoría Etica**

57 Carl Schmitt: **Teoría de la Constitución**

58 Javier Aracil: **Introducción a la dinámica de sistemas**

59 **Historia económica y pensamiento social**. Edición e introducción de Gonzalo Anes, Luis Angel Rojo y Pedro Tedde

60 David Harvey: **Teorías, leyes modelos en geografía**

61 Morris W. Hirsch y Stephen Smale: **Ecuaciones diferenciales, sistemas dinámicos y álgebra lineal**

62 **Lecturas de psicología de la memoria.** Compilación de María Victoria Sebastián

63 Gary S. Becker: **El capital humano**

64 María Dolores Sáiz: **Historia del periodismo en España. I. Los orígenes. El siglo XVIII**

65 Ferdinand de Saussure: **Curso de lingüística general**

66 James Joll: **Europa desde 1870**

67 D. D. Raphael: **Problemas de filosofíapolítica**

68 María Cruz Seoane: **Historia del *periodismo en España. II. El siglo XIX***

69 León Grinberg: **Culpa y depresión**

70 **El mercado de trabajo: Teorías y aplicaciones. Lecturas seleccionadas**. Compilación e introducción de Luis Toharia

71 *Francisco Rodriguez Adrados:* **Fiesta, comedia y tragedia**

75 Robert Plomin, J. C. DeFries y G. E. McClearn: **Genética de la conducta**

76 77 Leland B. Yeager: **Relaciones monetarias internacionales**

78 P. Feyerabend, G. Radnitzky, W. Stegmuller y otros: **Estructura y desarrollo de la ciencia**

79 Roger Coque: **Geomorfología**

80 Carlos Romero: **Introducción a la financiación empresarial y al análisis bursátil**

81 Adrian Akmajian, Richard A. Demers Robert M. Harnish: **Lingüística: una introducción al lenguaje y la comunicación**

82 Mark B. Stewart y Kenneth F. Wallis: **Introducción a la econometría**

83 Elman R. Service: **Los orígenes del Estado y la civilización**

84 John R. Weeks: **Sociología de la población**

85 Daniel S. Hamermesh y Albert Rees: **Economía del trabajo y los salarios**

86 Manuel GarcíaPelayo: **Derecho constitucional comparado**

87 Edmond Malinvaud: **Teoría macroeconómica, 1**

88 Haïm Brezis: **Análisis funcional**

89 Hugh Gravalle y Ray Rees: **Microeconomía**

90 David Anisi: **Modelos económicos**

91 Manuel Figuerola: **Teoría económica del turismo**

92 Julián Marás: **Historia de la filosofía**

93 Edmond Malinvaud: **Teoría macroeconómica, 2**

94 Carl. B. Boyer: **Historia de la matemática**

95 William Sher y Rudy Pinola: **Teoría microeconómica**

96 Manuel García Ferrando: **Socioestadística**

97 Luis Fernández Fúster: **Introducción a la teoría y técnica del turismo**

98 Manuel Castells: **La ciudad y las masas**

99 Francisco Azorín y José Luis Sánchez Crespo: **Métodos y aplicaciones del muestreo**

100 Ramón Tamames: **Estructura económica de España**

101 Rafael de Heredia: **Dirección integrada de proyecto «Project Management»**

102 Manuel Martín Serrano: **La producción social de comunicación**

104 Julio Segura: **Análisis microeconómico**

105 Manuel García Ferrando, Jesús Ibáñez y Francisco Alvira (compilación): **El análisis de la realidad social**

106 José Hierro S. Pescador: **Principios de Filosofía del Lenguaje**

107 Rafael López Pintor: **Sociología industrial**

108 Florencio Jiménez Burillo y Miguel Clemente (compilación): **Psicología social y sistema penal**

109 Daniel Peña Sánchez de Rivera: **Estadística**

111 Harry W. Richardson: **Economía regional y urbana**

112 Luis Gámir (coordinación): **Política económica de España**

113 A. y J. Pérez Caballero y E. Vela Sastre: **Principios de gestión financiera y de la empresa**

114 Sergio Scalise: **Morfología generativa**

115 María Cruz Fernández Castro: **Arqueología protohistórica de la Península Ibérica**

116 Ramón Tamames: **La Comunidad Europea**

117 Roger Backhouse: **Historia del análisis económico moderno**

118 Enrique Ballestero: **Introducciónа la teoría económica**

119 Michael P. Todaro: **El desarrollo económico del tercer mundo**

120 Francisco Yndurain: **Mecánica cuántica**

121 María Victoria Gordillo: **Manual de orientación educativa**

122 Juan C. Larrañeta y Luis Onieva: **Métodos modernos de gestión de la producción**

123 Jarol B. Manhem y Richard C. Rich: **Análisis político empírico**

124 Juan J. Sánchez Carrión: **Análisis de datos con SPSS/PC+**

125 Gianfranco Pasquino, Stefano Bartolini, Mauricio Cotta, Leonardo Morlino, Angelo Panebianco: **Manual de ciencia política**

126 María Manzano: **Teoría de modelos**

127 Samuel Bowles y Richard Edwards: **Introducción a la economía**

128 Bartolomé Clavero: **Manual de historia constitucional de España**

129 Francisco Yndurain: **Mecánica cuántica relativista**

130 Francisco Vinagre Jara y Luis Millán Vázquez de Miguel: **Fundamentos y problemas de química**

131 Victoria Chick: **La macroeconomía según Keynes**

132 N. M. Woodhouse: **Introducción a la mecánica analítica**

133 Antonio Rañada: **Dinámica clásica**

134 Rondo Cameron: **Historia económica mundial desde el paleolítico hasta el presente**

135 Manfredo P. Do Carmo: **Geometría diferencial de curvas y superficies**

136 Luis Fernández Fuster: **Historia general del turismo de masas**

137 Luis Fernández Fuster: **Geografía general del turismo de masas**

138 Robert J. Barro: **Macroeconomía**

139 Anthony Giddens: **Sociología**

140 H. M. Rosenberg: **El estado sólido**

141 J. I. Sánchez Rivera y M.ª M. Sainz Jaravo: **Aplicaciones estadísticas y matemáticas del programa GAUSS**